

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO TRIDIMENSIONAL DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PÚBLICO COMPARADO

*Hidemberg Alves da Frota**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito constitucional alemão; 3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias; 4. Jurisprudências do direito anglófono; 4.1 Suprema Corte da Índia; 4.2 Suprema Corte de Israel; 4.3 Suprema Corte do Canadá; 5. Jurisprudências do direito lusófono; 5.1 Tribunal Constitucional e Supremo Tribunal Administrativo de Portugal; 5.2 Tribunal de Última Instância e Tribunal de Primeira Instância de Macau; 5.3 Supremo Tribunal Federal do Brasil e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; 6. Conclusão.

1. Introdução

À luz do Direito Público Comparado, confirma-se no presente estudo que o princípio tridimensional da proporcionalidade resplandece como postulado geral do Direito Público ao qual se curvam todos os atos do Poder Público, de modo que as medidas estatais sejam sinônimas de deliberações eficazes, indispensáveis e equilibradas.

A primeira parte do trabalho se abebera na fonte histórica do princípio tridimensional da proporcionalidade, o Direito Constitucional da Alemanha, destrinchando a ótica alemã sobre os três elementos que estruturam o ditame em tela. Já a segunda parte do artigo delinea o tratamento conferido ao princípio tridimensional da proporcionalidade por vários segmentos do Direito Comparado. Do Direito Internacional, tomou-se por amostra o Direito Comunitário europeu, a vicejar na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias. Do Sistema do *Common Law*, escolheu-se a jurisprudência das Supremas Cortes indiana, israelense e canadense. E do Sistema do Direito Romano-Germânico, elegeram-se jurisprudências de tribunais lusófonos. Em Portugal, o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Administrativo. Em Macau, o Tribunal de Última Instância e o Tribunal de Segunda Instância. E no Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

*Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas — CIESA.

2. O direito constitucional alemão

A atividade do Estado deve ser em prol do interesse público e proporcional aos objetivos perseguidos, reza o art. 5.1, da Constituição suíça de 1999¹. O art. 226.2, 2ª parte, da Constituição portuguesa de 1976², arrola entre os postulados informadores da Administração Pública o princípio da proporcionalidade, à semelhança, no Brasil, do art. 2º, da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999)³.

Na ótica do Direito Constitucional alemão, o aparelho estatal se pauta pelo princípio da proporcionalidade quando expede atos adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito.

A primeira dimensão corresponde à idoneidade⁴, adequação⁵, “pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*)”⁶. Importa saber se o ato em tela é “adequado” para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade para com o fim desejado⁷.

A segunda diz respeito à exigibilidade⁹, indispensabilidade¹⁰ ou necessidade¹¹ (*Erforderlichkeit*)¹². De “todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão”¹³.

A terceira e última — da ponderação¹⁴ ou da proporcionalidade *stricto sensu* (*Verhältnismäßigkeit*)¹⁵ — preconiza a escolha da providência que melhor sopesa os “interesses em jogo”¹⁶, considera “os danos causados e os resultados a serem obtidos”¹⁷

¹ SUÍÇA. Federal Constitution of the Swiss Confederation of April 18, 1999 (as amended until October 15, 2002). Disponível em: <<http://www.admin.ch>>. Acesso em: 11 out. 2004.

² PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa — texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004). Disponível em: <<http://www.portolegal.com>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

³ BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 mai. 2004.

⁴ HECK, Luis Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 781, nov. 2000, p. 75-76.

⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 3, n. 4, jan.-dez. 2000, p. 198.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 361.

⁷ Grifo do autor.

⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., loc. cit.

⁹ Ibid., loc. cit.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 219.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 223-224.

¹² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 861.

¹³ Ibid., loc. cit.

¹⁴ HECK, Luis Afonso. Op. cit., loc. cit.

¹⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 46. Apud GUIMARÃES, Ruy Malveira. O princípio da proporcionalidade. *Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas*, Manaus, v. 2, jan.-dez. 2001, p. 2001.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., loc. cit.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 223.

(“relação custo-benefício”¹⁸), concilia os interesses sociais com os direitos individuais¹⁹, harmoniza os valores em tensão dialética e indica o peso e a eficácia de cada princípio no caso concreto²⁰.

A doutrina — tanto lusitana quanto brasileira — que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da *proporcionalidade*, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *ponderação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. Na feliz síntese de Willis Santiago Guerra Filho: “Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”²¹ (grifos do autor)

Dois princípios podem colidir. Esse é o caso, por exemplo, quando, segundo um princípio, algo é proibido e, segundo um outro, é permitido. Nessa situação, *um princípio deve retroceder*. Isso, todavia, ao contrário do modelo das regras, não significa que no princípio que retrocede deva ser inserida uma cláusula de exceção ou que ele deva ser declarado como inválido. Antes, sob determinadas circunstâncias, *um princípio precede ao outro, e, em outras circunstâncias, pode-se dar o contrário*. Com isso, quer-se dizer que *princípios têm pesos diferentes no caso concreto e que o de maior peso têm precedência*. Conflito de regras se resolvem no plano da validade, colisão de princípios no plano do peso.

Com isso, se coloca a questão sobre como se chega à determinação do peso. Este se determina, no caso concreto, por meio da *ponderação*, que corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do Direito Constitucional alemão, ou seja, o da *proporcionalidade em sentido estrito*. O primeiro princípio parcial é o da *idoneidade* do meio utilizado para alcançar o resultado com

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., loc. cit.

¹⁹ GUIMARÃES, Ruy Malvieira. Op. cit., p. 202.

²⁰ HECK, Luís Afonso. Op. cit., loc. cit.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 223-224.

ele pretendido; o segundo princípio parcial é o da *necessidade* desse meio, que não é necessário quando existe um outro mais ameno, menos incisivo.²² (grifos nossos)

3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias

O Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias incluem o princípio da proporcionalidade no rol de princípios gerais do Direito Comunitário europeu²³ (mormente dos Direitos Humanos e do Direito Administrativo²⁴) e albergam em sua jurisprudência as três dimensões da proporcionalidade.

Com a *adequação* exigem que os instrumentos executados pelas disposições comunitárias sejam aptos a realizar os objetivos visados.

Com a *exigibilidade* concitam que os atos adotados não extravasem o necessário para o alcance de seu propósito, “entendendo-se que, quando exista uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida”²⁵.

E com a *proporcionalidade em sentido estrito* preceituam que “os inconvenientes causados”²⁶ não sejam “desproporcionais relativamente aos objetivos pretendidos”²⁷.

Em relação às dimensões da adequação e exigibilidade, no Tribunal de Justiça citam-se os acórdãos de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03)²⁸, 14 de dezembro de 2004 (Processos C-210/03, C-309/02, C-434/02 e C-463/01)²⁹, 2 de dezembro de 2004 (Processo C-41/02)³⁰ e 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03)³¹. No Tribunal de Primeira Instância, os acórdãos de 3 de fevereiro de 2005 (Processo T-19/

²² HECK, Luís Afonso. Op. cit., loc. cit.

²³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Grande Seção). Acórdão de 14 de dezembro de 2004 (Processos C-210/03, C-309/02, C-434/02 e C-463/01). Luxemburgo, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

²⁴ SCHWARZE, Jürgen. Enlargement, the European Constitution, and Administrative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 53, n. 4, oct.-dec. 2004, p. 972.

²⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Seção). Acórdão de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03). Luxemburgo, 19 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

²⁶ *Ibid.*, loc. cit.

²⁷ *Ibid.*, loc. cit.

²⁸ *Ibid.*, loc. cit.

²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Grande Seção). Acórdão de 14 de dezembro de 2004 (Processos C-210/03, C-309/02, C-434/02 e C-463/01). Luxemburgo, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

³⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Seção). Acórdão de 2 de dezembro de 2004 (Processo C-41/02). Luxemburgo, 2 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

³¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Primeira Seção). Acórdão de 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03). Luxemburgo, 11 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

01)³², 11 de dezembro de 2003 (Processo T-305/00)³³ e 30 de setembro de 2003 (Processo T-196/01)³⁴.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, mencionam-se os acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03)³⁵ e de 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03)³⁶.

Resulta de jurisprudência constante que o princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, exige que os atos adotados não ultrapassem os limites do adequado e necessário à realização dos objetivos legitimamente prosseguidos pela regulamentação em causa, entendendo-se que, quando exista uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida e que os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos pretendidos.³⁷ (grifos nossos)

4. Jurisprudências do direito anglófono

4.1. Suprema Corte da Índia

A Suprema Corte da Índia, ao julgar a Apelação Civil nº 8258/04, de 16 de dezembro de 2004, enxergou o princípio tridimensional da proporcionalidade como norma a orientar o controle judicial da Administração Pública e do Poder Legislativo.

Por meio da “proporcionalidade” indagamos se, ao regulamentar o exercício de direito fundamental, o legislador ou a administração optou pela medida apropriada ou menos restritiva, com vistas a

³² UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Quinta Seção alargada). Acórdão de 3 de fevereiro de 2005 (Processo T-19/01). Luxemburgo, 3 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

³³ UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Quinta Seção). Acórdão de 11 de dezembro de 2003 (Processo T-305/00). Luxemburgo, 11 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

³⁴ UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Primeira Seção). Acórdão de 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03). Luxemburgo, 11 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

³⁵ UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Seção). Acórdão de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03). Luxemburgo, 19 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

³⁶ UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Primeira Seção). Acórdão de 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03). Luxemburgo, 11 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

³⁷ UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Seção). Acórdão de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03). Luxemburgo, 19 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005, adaptação nossa da tradução oficial em português europeu.

atingir o objeto da legislação ou o propósito da ordem administrativa, de acordo com o caso concreto. Segundo esse princípio, a corte deve verificar se a autoridade legislativa ou administrativa “manteve apropriado equilíbrio entre os efeitos deletérios que a medida legislativa ou administrativa trouxe para os direitos, liberdades e interesses das pessoas e a finalidade a que se prestam”. Embora a autoridade legislativa e administrativa possuam discricionariedade ou leque de opções, cabe ao tribunal aferir se a providência tomada infringiu direitos de modo excessivo ou não. Isso é o que significa proporcionalidade.³⁸ (grifos nossos)

4.2. Suprema Corte de Israel

A Suprema Corte de Israel tem aplicado o princípio da proporcionalidade à moda alemã na solução de litígios envolvendo o Direito Administrativo, os Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário.

No HCJ³⁹ 316/03, de 11 de novembro de 2003⁴⁰, a Suprema Corte de Israel coibiu a censura do filme “Jenin... Jenin”, documentário em que o ator e cineasta palestino Mohammed Bakri defende a hipótese de massacre de palestinos pelo Exército israelense no campo de refugiados de Jenin, durante ofensiva de quinze dias, palco de “combates ferozes”⁴¹ confirmados pelas Nações Unidas por meio de relatório divulgado quatro meses depois, onde atestou “a morte de 52 palestinos e 23 soldados israelenses”⁴².

³⁸ “By ‘proportionality’, we mean the question whether, while regulating exercise of fundamental rights, the appropriate or least-restrictive choice of measures has been made by the legislature or the administrator so as to achieve the object of the legislation or the purpose of the administrative order, as the case may be. Under the principle, the court will see that the legislature and the administrative authority ‘maintain a proper balance between the adverse effects which the legislation or the administrative order may have on the rights, liberties or interests of persons keeping in mind the purpose which they were intended to serve’. The legislature and the administrative authority are, however, given an area of discretion or a range of choices but as to whether the choice made infringes the rights excessively or not is for the court. That is what is meant by proportionality.” Cf. ÍNDIA. Supreme Court of India. Appeal (Civil) n° 8258 of 2004. New Delhi, 16 December 2004. Disponível em: <<http://www.judis.nic.in>>. Acesso em: 22 mar. 2005, tradução nossa.

³⁹ ISRAEL. Supreme Court. HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

⁴⁰ ISRAEL. Supreme Court. HCJ 316/03 *Muhammad Bakri and Forum of Documentary Producers v. Israel Film Council, Ministry of Science, Culture and Sport, Yitzhak Busidan (father of the late Amit Busidan), Leah Berr (mother of the late Dror Berr), Pninah Yaskov (widow of the late Avner Yaskov), Eva Meisliash (mother of the late Dani Shmuel Meisliash), Solomon and Simcha Azuri (parents of the late Eyal Azuri), David Zimmerman (father of the late Eyal Zimmerman), Amnon Chava (father of the late Menashe Chava), Rosaline and Salomon Ezra (parents of the late Gad Ezra), Aryeh and Tziporah Weiss (parents of the late Shmuel Weiss), Rina and Mark Rabinson (parents of the late Matanyah Rabinson), Simcha and Pninah Melik (parents of the late Gedaliah Melik), Gadi and Bernice Ya'akov (parents of the late Avihu Ya'akov), Michal Arazi (mother of the late Tran Arazi), Shlomo Alshochat (father of the late Ronen Alshochat), Mazal, Ami and Chagai Tal (parents and brother of the late Roey Tal), Dr. David Tzangan, Zev Iluz, Barak Alfi, Baruch Bachar, Avraham Gal, Ron Teicher, Yisrael Kaspi, Rafi Lederman, Sagi Marak, Eli Proz, Guy Friedman, Aryeh Kadosh, Amichai Kadron, Avner Kinnal and Maron Shteter*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

⁴¹ PALESTINO discute ofensiva em Jenin. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 abr. 2003. Revista da Folha, p. 24.

⁴² *Ibid.*, loc. cit.

No sobredito julgado, a Suprema Corte israelense, escorada no tripé no qual se fundeia o princípio da proporcionalidade de procedência alemã, viu na censura àquela película pelo Conselho Cinematográfico de Israel medida adequada à proteção da susceptibilidade da comunidade israelita, todavia afrontosa em demasia à liberdade de expressão, sendo o menoscabo desse direito fundamental ofensa mais grave à ordem jurídica israelense que o maltrato à sensibilidade da opinião pública judaica.

Nos HCJ 6055/95⁴³ e 7083/95⁴⁴, de 14 de outubro de 1999, a Suprema Corte israelense pôs sob o escrutínio do princípio tridimensional da proporcionalidade o prazo de 96 horas para a prisão cautelar de soldados, passível de ser decretado pela autoridade policial das forças armadas ao fiscalizá-los.

Embora a prisão provisória em comento fosse apropriada aos fins de controle interno da atividade militar, a sua duração, de 96 horas, evidenciou-se — aos olhos da Suprema Corte — desnecessária, haja vista aludir à atividade fiscalizatória que demanda, no máximo, 48 horas de encarceramento acautelatório. Como, no sentir daquele Tribunal, o prazo de 96 horas consiste em intervalo de tempo desmesurado, o interesse público de se averiguar suposta conduta ilícita (em sede de procedimento preparatório para eventual processo judicial) não prevalece sobre o direito do militar sindicado à liberdade pessoal.

No HCJ 2056/04, de 30 de junho de 2004⁴⁵, a Suprema Corte israelense, capitaneada pelo Juiz-Relator, Presidente Aharon Barak, aprimorou a concepção de proporcionalidade em sentido estrito.

Notou-se à época que a proporcionalidade *stricto sensu* pode ser aplicada de forma tradicional, contrastando-se os aspectos meritosos e deletérios do ato administrativo em testilha, ou de maneira nova, comparando-se a relação custo-benefício daquela medida com a de um ato administrativo alternativo.

A controvérsia jurídica se referia à área escolhida para se erigir a porção do Muro de Israel situada nos planaltos da Judéia e da Samaria, com quarenta quilômetros de cumprimento.

De acordo com a Suprema Corte israelense, o lugar onde fora construído esse trecho do Muro oferecia benefícios à segurança do Estado de Israel inferiores aos prejuízos para a sobrevivência da comunidade israelense local, por obstacularizar o acesso dos colonos de Beit Likia e Beit Anan às suas plantações.

⁴³ ISRAEL. Supreme Court. HCJ 6055/95 *Sagi Tzemach v. Minister of Defense, Military Chief of Staff, Chief Military Prosecutor and Chief Military Police Officer*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

⁴⁴ ISRAEL. Supreme Court. HCJ 7083/95. Major Vered Ornstein-Zahavi, Major Moshe Kanobler, Captain Lior Tomshin, Captain Orli Markman and Captain Moshe Levi v. Chief Military Attorney and Chief of Military Police. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

⁴⁵ HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

A Suprema Corte se calçou em estudo técnico do Conselho de Paz e Segurança, associação civil israelense dirigida por oficiais da reserva, asserindo que a construção daquela parcela do Muro em localização alternativa, à distância do oeste e do leste de Beít Sourik, contemplaria o imperativo de se robustecer a segurança de Israel e, ao mesmo tempo, demandaria dos colonos sacrifícios consideravelmente menores.

Em prol da subsistência dos colonos, a Suprema Corte anulou (com efeitos *ex tunc*) a maioria dos atos administrativos por intermédio dos quais se ordenara a construção de grande parte do apontado segmento do Muro de Israel.

4.3. Suprema Corte do Canadá

Há mais de quinze anos a Suprema Corte do Canadá sedimentou em sua jurisprudência sobre Direito Constitucional o princípio da proporcionalidade no molde tripartite arquitetado na Alemanha, tendo, em reiterados acórdãos, pronunciado-se nesta direção:

Existem três componentes no teste da proporcionalidade: *as medidas devem ser cuidadosamente planejadas para atingir o objetivo da legislação, com racional conexão com o objetivo.* O segundo componente é o de que a *medida mitigue o direito ou liberdade o menos possível.* Finalmente, *tem de haver proporcionalidade entre os efeitos das medidas impugnadas sobre o direito protegido e a consecução do objetivo.*⁴⁶ (grifos nossos)

Em *United States of America v. Cotroni* e *United States of America V. El Zein*, julgados em sessão única de 8 de junho de 1989⁴⁷, a Suprema Corte do Canadá foi favorável à extradição de canadenses para os Estados Unidos, pela prática, em território do Canadá, de tráfico internacional de entorpecentes envolvendo os EUA.

No sentir da Corte, cuidava-se de providência apta a proteger a sociedade canadense do narcotráfico internacional e indispensável para a manutenção da ação antidrogas desenvolvida, em conjunto, pelos Estados Unidos e Canadá, com esteio em acordo bilateral de extradição. Aos olhos da Suprema Corte canadense, o interesse social de se reprimir a narcotraficância internacional por intermédio da cooperação entre ambos os países norte-americanos sobrepujava o interesse individual dos extraditados serem processados e julgados em sua pátria.

⁴⁶ "There are three components to the proportionality test: the measures must be carefully designed to achieve the objective of the legislation, with a rational connection to the objective. The second component is that the measure should impair the right or freedom as little as possible. Finally, there must be proportionality between the effects of the impugned measures on the protected right and the attainment of the objective." Cf. CANADÁ. Supreme Court of Canada. *United States of America v. Cotroni; United States of America V. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, 1989 CanLII 106 (S.C.C.). Ottawa, June 8 1989. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005, tradução nossa.

⁴⁷ *Ibid.*, loc. cit.

Em *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, de 13 de dezembro de 1990⁴⁸, a Suprema Corte do Canadá, lastreada no princípio tridimensional da proporcionalidade, chancelou a repressão à liberdade de expressão de líder e partido neonazista que disseminavam mensagens telefônicas anti-semitas.

Para a Suprema Corte canadense o tolhimento desse direito constitucional naquela circunstância se relevava apropriado e necessário quer à prevenção de danos causados pela apologia do ódio racial, quer “à promoção da igualdade e tolerância”⁴⁹, trazendo à tona efeitos mais benfeitos do que nocivos a uma “sociedade livre e democrática”⁵⁰.

Em *Tétreault-Gadoury v. Canada*, de 6 de junho de 1991⁵¹, a Suprema Corte do Canadá esquadrinhou, sob o prisma do princípio tridimensional da proporcionalidade, a providência governamental, estribada na seq. 31, da Lei do Seguro-Desemprego de 1971 (*Unemployment Insurance Act*), de automaticamente vedar a concessão de seguro-desemprego para maiores 65 anos como profilaxia contra a percepção, às custas dos cofres públicos, de retribuições pecuniárias desmedidas, já que muitos idosos, mesmo aposentados, valiam-se do seguro-desemprego para aumentar a renda.

Consolo assentou a Suprema Corte canadense, a medida altercada não configurava meio adequado e necessário para se coibir enriquecimento ilícito de aposentados, porquanto, em vez de se negar, *a priori*, a conferência de seguro-desemprego a todos os maiores de 65 anos pleiteantes, bastaria, *a posteriori*, suprimir-se o apontado benefício, quando percebido indevidamente. Além disso, nem traduzia deliberação ponderada, uma vez que a economia de recursos públicos não justificava ou contrabalançava a omissão do Poder Público em amparar desempregados idosos.

Em *R. v. Schwartz*, de 8 de dezembro de 1988⁵², a Suprema Corte do Canadá abalizou o rígido controle sobre a aquisição e venda de armas prescrito pela Parte II.1, do Código Criminal canadense, ao ecoar providência “racional, equitativa and não-arbitrária”⁵³, de mínima ofensividade, equilibrando “o interesse da comunidade e o interesse daqueles que desejam ter o porte legal de armas”⁵⁴.

Em *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, de 4 de maio de 1989⁵⁵, autoridade administrativa do Ministério do Trabalho, respaldado pela seq. s. 61.5(9)(c), do

⁴⁸ CANADA. Supreme Court of Canada. *Canada (Human rights commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, 1990 CanLII 26 (S.C.C.). Ottawa, December 13 1990. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

⁴⁹ *Ibid.*, loc. cit., tradução nossa.

⁵⁰ *Ibid.*, loc. cit., tradução nossa.

⁵¹ CANADA. Supreme Court of Canada. *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, 1991 CanLII 12 (S.C.C.). Ottawa, June 6 1991. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

⁵² CANADÁ. Supreme Court of Canada. *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, 1988 CanLII 11 (S.C.C.). Ottawa, December 8 1988. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

⁵³ *Ibid.*, loc. cit., tradução nossa.

⁵⁴ *Ibid.*, loc. cit., tradução nossa.

⁵⁵ CANADA. Supreme Court of Canada. *Slaight communications inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, 1989 CanLII 92 (S.C.C.). Ottawa, May 4 1989. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

Código Trabalhista do Canadá, sancionou empregador por demissão sem justa causa, ordenando que escrevesse carta de recomendação (com conteúdo específico) sobre o empregado demitido injustamente e que se manifestasse sobre a conduta deste tão-somente na oportunidade de redação dessa missiva.

Ao explicitar o entendimento majoritário da Suprema Corte canadense, o então Juiz-Presidente, Robert George Brian Dickson, observou que as determinações do representante do Ministério do Trabalho se conformavam ao mister de, em nome da “dignidade inerente ao ser humano”⁵⁶ e dos valores da justiça social e da igualdade, sanar vinda exercitada pelo empregador em detrimento do empregado. Ademais, não havia decisão menos ofensiva a ser tomada pela autoridade administrativa e a defesa da dignidade do empregado justificava os temperamentos à liberdade de expressão do empregador.

5. Jurisprudências do Direito Lusófono

5.1. Tribunal Constitucional e Supremo Tribunal Administrativo de Portugal

No Tribunal Constitucional de Portugal sobejam eruditos acórdãos a acolherem a formulação tridimensional e alemã do princípio da proporcionalidade, à luz da Teoria do Direito e, em especial, da Teoria Geral do Direito Público.

No Acórdão n.º 484/00, 22 de novembro de 2000⁵⁷, a 2.ª Seção do TC vislumbrou nesse postulado norma aplicável aos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, respeitadas as peculiaridades das três espécies de medidas estatais, motivo pelo qual as violações aos elementos do princípio da proporcionalidade por diplomas legislativos deve ser manifesta.

No Acórdão n.º 200/01, de 9 de maio de 2001, o mesmo órgão fracionário alçou o princípio tridimensional da proporcionalidade à estatura de princípio geral de limitação do Poder Público nestes termos:

Relativamente às restrições a direitos, liberdades e garantias, a exigência de proporcionalidade resulta do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República. Mas o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito, impondo limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado-legislador e o Estado-administrador adequar a sua projectada acção aos fins pretendidos, e não configurar as medidas que tomam como desnecessária ou excessivamente restritivas.

⁵⁶ *Ibid.*, loc. cit., tradução nossa.

⁵⁷ PORTUGAL, Tribunal Constitucional (2.ª Seção). Acórdão n.º 484/00. Lisboa, 22 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

O princípio da proporcionalidade, em sentido lato, pode, além disso, desdobrar-se analiticamente em três exigências da relação entre as medidas e os fins prosseguidos: a adequação das medidas aos fins; a necessidade ou exigibilidade das medidas e a proporcionalidade em sentido estrito, ou “justa medida”.⁵⁸

No Acórdão nº 200/01 seguiu-se a esteira do Acórdão nº 484/00, diferenciando-se o alcance do princípio da proporcionalidade nas atividades administrativas e legislativas.

Na ótica do Acórdão nº 200/01, enquanto a Administração Pública se vincula “à prossecução de finalidades”⁵⁹ previamente estabelecidas, o Poder Legislativo, untado à moldura constitucional, define “a finalidade visada com uma determinada medida”⁶⁰, realizando a função legislativa com margem discricionária mais larga que a da função administrativa e fíncada em complexas avaliações sócio-econômicas acerca do substrato empírico que enseja dada medida e da repercussão desta no mundo fático.

Aperfeiçoando o raciocínio traçado pela 2ª Seção do TC nos Acórdãos nº 200/01 e Acórdão nº 484/00, a 1ª Seção do mesmo Tribunal Constitucional, por meio do Acórdão nº 302/01, de 27 de junho de 2001⁶¹, dilatou o campo de incidência do postulado tridimensional da proporcionalidade ao designá-lo como princípio geral de direito e princípio objetivo da ordem jurídica, a conformar atos do Poder Público e, “pelo menos em certa medida”⁶², atos de entidades privadas, inspirando “soluções adoptadas pela própria lei no domínio do direito privado”⁶³.

No Acórdão nº 186/01, de 2 de maio de 2001⁶⁴, o Plenário do Tribunal Constitucional de Portugal considerou a norma sob exame “uma importante limitação ao exercício do poder público”⁶⁵, na condição de “garantia dos direitos e liberdades individuais”⁶⁶, detectando sua origem moderna no Iluminismo, “no domínio penal e do direito administrativo de polícia, com a vinculação da administração a uma exigência de necessidade, transitando a partir daí para o direito constitucional”⁶⁷.

⁵⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional (2ª Seção). Acórdão nº 200/01. Lisboa, de 9 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005, citação direta do texto do acórdão, escrito em português europeu.

⁵⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁶⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁶¹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional (1ª Seção). Acórdão nº 302/01. Lisboa, de 27 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

⁶² *Ibid.*, loc. cit.

⁶³ *Ibid.*, loc. cit., citação direta do texto do acórdão, escrito em português europeu.

⁶⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Plenário). Acórdão nº 186/01. Lisboa, 2 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

⁶⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁶⁶ *Ibid.*, loc. cit.

⁶⁷ *Ibid.*, loc. cit.

Consoante ressaltara-se em tal arresto, o Tribunal Constitucional alemão se destacou como uma das primeiras cortes constitucionais a aplicar, após a Segunda Guerra Mundial, o princípio da proporcionalidade.

Exemplo do pioneirismo do TC alemão – recordara a Corte Constitucional lusitana – repousa no acórdão de 11 de junho de 1958 (“*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, pp. 377 e ss.”⁶⁸), por intermédio do qual declarou a inconstitucionalidade (afronta à liberdade profissional) de normas a condicionarem “a instalação de farmácias na Baviera à existência de necessidades de abastecimento de medicamentos e à não perturbação do funcionamento de outras farmácias concorrentes”⁶⁹.

No Acórdão nº 186/01 enfatizou-se a visão do Tribunal Constitucional de Portugal sobre a tripla dimensão do princípio da proporcionalidade de orientação alemã.

Por adequação, perquire-se se a medida “é apropriada à prossecução do fim a ela subjacente”⁷⁰.

Por exigibilidade, pergunta-se se há “possibilidade de adopção de medidas menos intrusivas com os mesmos efeitos na prossecução do fim visado”⁷¹.

E por proporcionalidade em sentido estrito, questiona-se se os efeitos restritivos do ato em causa se ancoram “numa relação ‘calibrada’ — de justa medida — com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis”⁷².

No Acórdão nº 186/01 frisou-se que descabe ao Tribunal Constitucional, ao empregar o tripartite princípio da proporcionalidade, impor avaliação contrária ao juízo de valor empírico e sócio-económico do Parlamento acerca do teor e dos efeitos de medidas legislativas, salvo em caso de evidente equívoco de apreciação pelo Poder Legislativo, quando, por exemplo, elabora atos incompatíveis “com a finalidade perseguida”⁷³.

O Supremo Tribunal Administrativo português (Seção do Contencioso Administrativo), no Acórdão de 10 de fevereiro de 2002, em sede do Recurso Contencioso 01813/02⁷⁴, ao colocar sob o crivo do princípio da proporcionalidade dado processo de desapropriação, consignou, em essência, duas inferências:

⁶⁸ Ibid., loc. cit.

⁶⁹ Ibid., loc. cit.

⁷⁰ Ibid., loc. cit.

⁷¹ Ibid., loc. cit., citação direta do texto do acórdão, escrito em português europeu.

⁷² Ibid., loc. cit.

⁷³ Ibid., loc. cit.

⁷⁴ PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Seção do Contencioso Administrativo). Recurso Contencioso 01813/02. Lisboa, 10 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

1. O direito à justa indenização plasma mecanismo “adequado a compensar”⁷⁵ a perda, pelo administrado, de terreno desapropriado (e de estabelecimento empresarial, por ventura, nele localizado);

2. Cabe ao particular provar que a Administração Pública tinha à sua disposição soluções menos onerosas e mais vantajosas.

5.2. Tribunal de Última Instância e Tribunal de Segunda Instância de Macau

A Região Especial Administrativa de Macau (REAM), território da República Popular da China onde o Direito lusitano mantém forte influência sobre a ordem jurídica e o português, junto com o chinês, figura como língua oficial, o princípio trino da proporcionalidade de proveniência alemã foi abraçado pela jurisprudência de Direito Administrativo das duas mais altas cortes de justiça macaueses, o Tribunal de Última Instância (TUI) e o Tribunal de Segunda Instância (TSI).

No Acórdão de 27 de abril de 2000 (Processo nº 6/2000)⁷⁶ o Tribunal de Última Instância da REAM pontificou que o ditame em estudo “projecta-se em três dimensões injuntivas de proporcionalidade: adequação, necessidade e equilíbrio”⁷⁷.

A adequação impõe que o meio utilizado seja idóneo à prossecução do objectivo da decisão. Entre todos os meios alternativos, deve ser escolhido aquele que implique uma lesão menos grave dos interesses sacrificados. O equilíbrio revela a justa medida entre os interesses presentes na ponderação e determina que, na relação desses interesses entre si, deve a composição ser proporcional à luz do interesse público em causa.

O princípio da proporcionalidade é um *princípio jurídico-material de justa medida*, que vincula toda a actividade administrativa tal como os outros princípios fundamentais do Direito Administrativo, com especial relevância *quando estejam em causa os direitos e as liberdades fundamentais dos cidadãos e quando se trate do exercício de poderes discricionários*.⁷⁸ (grifos nossos)

No indigitado arresto o TUI, apoiado no princípio tridimensional da proporcionalidade, posicionou-se a favor da anulação de ato administrativo que proibia, durante três anos, a entrada em Macau de cidadão da vizinha Região Especial Adminis-

⁷⁵ Ibid., loc. cit.

⁷⁶ MACAU. Tribunal de Última Instância. Processo nº 6/2000. Recurso de Decisões Jurisdicionais em Matéria Administrativa, Fiscal e Aduaneira. Macau, 27 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/ptest/default.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

⁷⁷ Ibid., loc. cit, citação direta do original, no português oficial em Macau.

⁷⁸ Ibid., loc. cit, citação direta do original, no português oficial em Macau.

trativa de Hong Kong, em razão de ter sido, em pequena monta, duas vezes multado em Hong Kong pela posse de drogas e por atuar em cassinos de Macau como “bate-fichas”⁷⁹.

À época, o Tribunal de Última Instância notou a ausência de fortes indícios que certificassem o envolvimento do recorrido com associações criminosas macaenses ou que atestassem que oferecia qualquer ameaça à segurança ou à ordem pública da REAM, motivo pelo qual o TUI constatou que os direitos daquele cidadão foram “limitados inadequadamente em comparação com o fim de proteger a segurança pública de Macau”⁸⁰.

Nesse compasso, o Tribunal de Última Instância, no Acórdão de 28 de julho de 2004 (Processo nº 1/2004)⁸¹, fundamentando-se no nº 2º, do art. 5º, do Código de Procedimento Administrativo de Macau, sublinhou que “as limitações de direitos e interesses das pessoas devem relevar-se idóneas e necessárias para garantir os fins visados pelos actos dos poderes públicos”⁸².

No Acórdão de 15 de abril de 2004 (Recurso nº 162/2003)⁸³, o Tribunal de Segunda Instância se deparou com circunstância fática parecida com aquela enfrentada pelo Tribunal de Última Instância no Acórdão de 27 de abril de 2000. Nada obstante, o TSI se viu impelido a decidir em sentido diverso do indicado arresto do TUI.

No supracitado *decisum*, o TSI percebeu que a decisão administrativa de interditar a entrada de cidadão de Hong Kong em Macau, ao longo de cinco anos, arrimava-se em pressupostos fáticos consistentes: declaração do próprio recorrente, corroborando sua tripla condenação em Hong Kong pela prática de furtos, complementada pelas declarações da Polícia de Hong Kong, asseverando tratar-se de membro de associação criminosa, e do Secretário para Segurança da REAM, aludindo à sua prisão em flagrante delito em Macau, por furtar turista.

Daí porque o Tribunal de Segunda Instância asseriu que o ato administrativo vergastado, em verdade, coadunava-se com o princípio tridimensional da proporcionalidade.

[...] é sensato, é razoável que as entidades públicas para o efeito vocacionadas, em face de indivíduo sobre quem disponham de for-

⁷⁹ “Bate-ficha” (*dap-ma* em cantonês) consubstancia jogo de azar próprio de Macau, em que se usam “fichas velhas” tradicionalmente compradas da Sociedade de Turismo e Diversões de Macau (STDM), empresa criada pela administração portuguesa e pioneira na difusão de cassinos na REAM, a qual se sagrou nos últimos quarenta anos como o grande esteio da indústria de turismo macaense. Cf. LEONG, Angela Veng Mei. The “bate-ficha” business and triads in Macau cassinos. *Brisbane, Queensland University of Technology Law & Justice Journal*, v. 2, nº 1, jan.-jun. 2002, p. 83-86.

⁸⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁸¹ MACAU. Tribunal de Última Instância. Processo nº 1/2004. Recurso de Decisão Jurisdicional em Matéria Administrativa. Macau, 28 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/pdefault.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

⁸² *Ibid.*, loc. cit., citação direta do português oficial em Macau.

⁸³ MACAU. Tribunal de Segunda Instância. Recurso nº 162/2003. Macau, 15 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/pdefault.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

tes indícios de pertença a associação criminosa e com largo passado criminal lhe vedem, de acordo com os dispositivos legais vigentes, a entrada no Território, *por forma a prevenir a criminalidade e salvaguardar a segurança, não se vendo que se mostra ultrapassada a justa medida, ou que outras medidas necessárias e adequadas para atingir aqueles fins pudessem ter sido somadas, no quadro legal existente, que implicassem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica do recorrente.*⁸⁴ (grifos nossos)

Idêntica afirmativa, acima reproduzida, o TSI esboçou em caso similar, no Acórdão de 30 de janeiro de 2005 (Processo n° 121/2004)⁸⁵.

5.3 Supremo Tribunal Federal do Brasil e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Percuciente estudioso da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes se sobressai no Supremo Tribunal Federal brasileiro como luminar divulgador da versão tridimensional e alemã do princípio da proporcionalidade.

Ao longo do ano de 2003, ao compulsar o teor de dezenas de propostas de intervenção federal, o Plenário do STF, capitaneado pelo Ministro Gilmar Mendes (relator dos acórdãos, sendo relator dos processos o Ministro Marco Aurélio) consagrou expressamente sua afinidade com a formulação trina do princípio da proporcionalidade de origem alemã.

Como exemplos disso, cifram-se as Intervenções Federais (IFs) n° 139, 164, 183, 186, 201, 207, 215, 229, 247, 251, 260, 282, 285, 300, 302, 310, 311, 336, 338, 343, 344, 350, 364, 366, 385, 390, 406, 410, 411, 418, 431, 432, 2180, 2241, 2572, 2587, 2609, 2614, 2626, 2637, 2638, 2640, 2645, 2647, 2651, 2653, 2655, 2657, 2659, 2674, 2677, 2679, 2680, 2683, 2686, 2695, 2711, 2712, 2717, 2725, 2726, 2731, 2742, 2747, 2748, 2750, 2751, 2755, 2756, 2759, 2760, 2766, 2767, 2770, 2771, 2772, 2773, 2780, 2783, 2785, 2799, 2801, 2802, 2803, 2808, 2809, 2810, 2823, 2824, 2825, 2826, 2828, 2829, 2830, 2832, 2834, 2840, 2843, 2846, 2848, 2849, 2855, 2856, 2857, 2868, 2870, 2871, 2872, 2873, 2874, 2875, 2879, 2889, 2892, 2893, 2894, 2895, 2896, 2898, 2899, 2900, 2908, 2910, 2911, 2913, 2914, 2916, 2921, 2922, 2926, 2928, 2929, 2930, 2933, 2935, 2936, 2937, 2939, 2942, 2945, 2946, 2947, 2948, 2951, 2952, 2958, 2960, 2962, 2964, 2970, 2972, 3042, 3047, 3049, 3055, 3061, 3067, 3073, 3076, 3078, 3081, 3084, 3085, 3089, 3142, 3238, 3241, 3283, 3284, 3287, 3301, 3302, 3315, 3490, 3518,

⁸⁴ *Ibid.*, loc. cit, citação direta do original, no português oficial em Macau.

⁸⁵ MACAU. Tribunal de Segunda Instância. Recurso n° 121/2004. Macau, 30 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/default.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

3519, 3520, 3525, 3538, 3549, 3565, 3577, 3602, 3604, 3606, 3607, 3608, 3619, 3787, 3789, 3790, 3800, 3802, 3804, 3805, 3808 3811, 3812, 3815, 3816, 3822, 3824, 3834, 3835, 3839, 3840, 3841, 3844. 3845, 3849, 3851 e 3861.⁸⁶

Nessas Ações de Intervenção Federal julgadas durante o ano de 2003, o Ministro Gilmar Mendes consignou que o princípio da proporcionalidade atine a todas as espécies de atos públicos (administrativos, legislativos e judiciários) e que, por intermédio de tal postulado, medeia-se o entrechoque entre direitos fundamentais, princípios ou “bens constitucionais contrapostos”⁸⁷, ao se conjugarem as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, isto é, averiguando-se se o ato atacado é “apto para produzir o efeito desejado”⁸⁸, “insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz”⁸⁹ e “se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto”⁹⁰.

Conforme ensina o Ministro Gilmar Mendes, ao se julgar uma decretação de intervenção federal em ente federado, em função do inadimplemento de precatórios judiciais, calha proceder a esta lúcida leitura das dimensões do princípio da proporcionalidade:

1. No tocante à adequação, convém refletir se o ente político-constitucional alvo da pretendida intervenção federal não paga a contento os precatórios judiciais em face de conduta “dolosa e deliberada”⁹¹ ou por força das suas disponibilidades financeiras, porquanto, neste caso, faleceria razão para se nomear interventor, o qual se depararia com as mesmas dificuldades enfrentadas pelo Chefe do Poder Executivo que o antecederia;

2. Quanto à necessidade, indaga-se se não estão disponíveis medidas menos ofensivas à autonomia político-administrativa do ente federativo objeto da almejada intervenção, sob pena de assumir a chefia dessa pessoa político-constitucional um governante incapaz de compensar sua falta de legitimidade popular com desempenho mais eficaz que o de seu predecessor;

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Intervenções Federais (IFs) nº 139, 164, 183, 186, 201, 207, 215, 229, 247, 251, 260, 282, 285, 300, 302, 310, 311, 336, 338, 343, 344, 350, 364, 366, 385, 390, 406, 410, 411, 418, 431, 432, 2180, 2241, 2572, 2587, 2609, 2614, 2626, 2637, 2638, 2640, 2645, 2647, 2651, 2653, 2655, 2657, 2659, 2674, 2677, 2679, 2680, 2683, 2686, 2695, 2711, 2712, 2717, 2725, 2726, 2731, 2742, 2747, 2748, 2750, 2751, 2755, 2756, 2759, 2760, 2766, 2767, 2770, 2771, 2772, 2773, 2780, 2783, 2785, 2799, 2801, 2802, 2803, 2808, 2809, 2810, 2823, 2824, 2825, 2826, 2828, 2829, 2830, 2832, 2834, 2840, 2843, 2846, 2848, 2849, 2855, 2856, 2857, 2868, 2870, 2871, 2872, 2873, 2874, 2875, 2879, 2889, 2892, 2893, 2894, 2895, 2896, 2898, 2899, 2900, 2908, 2910, 2911, 2913, 2914, 2916, 2921, 2922, 2926, 2928, 2929, 2930, 2933, 2935, 2936, 2937, 2939, 2942, 2945, 2946, 2947, 2948, 2951, 2952, 2958, 2960, 2962, 2964, 2970, 2972, 3042, 3047, 3049, 3055, 3061, 3067, 3073, 3076, 3078, 3081, 3084, 3085, 3089, 3142, 3238, 3241, 3283, 3284, 3287, 3301, 3302, 3315, 3490, 3518, 3519, 3520, 3525, 3538, 3549, 3565, 3577, 3602, 3604, 3606, 3607, 3608, 3619, 3787, 3789, 3790, 3800, 3802, 3804, 3805, 3808 3811, 3812, 3815, 3816, 3822, 3824, 3834, 3835, 3839, 3840, 3841, 3844. 3845, 3849, 3851 e 3861. Relator dos acordãos: Ministro Gilmar Mendes. Relator dos processos: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

⁸⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁸ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁹¹ *Ibid.*, loc. cit.

3. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, indispensável saber se há uma proporção entre o adimplemento dos precatórios e o ônus imposto ao respectivo ente federativo e à sociedade a que serve, com o fito de se evitar que o cumprimento das obrigações relacionadas aos precatórios judiciais prejudique sobremaneira a população, obstando, por exemplo, “a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como saúde e educação”⁹².

Na 8ª Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, diversos acórdãos de Direito Penal e Direito Processual Penal se sustentam na concepção tridimensional e além do princípio da proporcionalidade.

Nos Conflitos de Competência nº 70004883427, 70004760997, 70004706370, 70004726725, 70004684700, 70004684700, 70004668745, 70004686010, 70004585527, 70004589875, 70004582094, 70004616942, 70004549275, 70004584025, 70004605200, 70004443289, 70004478319 e 70004209417⁹³, todos julgados no decorrer do ano de 2002 e da relatoria do Desembargador Nereu José Giacomolli, a 8ª Câmara Criminal do TJ-RS alinhavou esta elegante definição do princípio tridimensional da proporcionalidade:

A proporcionalidade pressupõe, além da legalidade, uma *justificação teleológica* tendo, como requisitos extrínsecos, a judicialidade e a motivação e, como requisitos intrínsecos, a *adequação da medida a sua finalidade* — idoneidade —, a *intervenção mínima* — necessidade —, e a *ponderação dos interesses* — proporcionalidade em sentido estrito.⁹⁴ (grifos nossos)

Com espeque na tríplice âncora do princípio da proporcionalidade, nos especificados arrestos a Corte de Justiça gaúcha chancelou os Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul (na esteira dos Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal) considerarem de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comina pena máxima não superior a dois anos ou multa.

Em contraponto ao tino esposado pelo TJ-RS posiciona-se a interpretação literal de dois Diplomas Legais Federais, a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais Estaduais), e a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais).

São da alçada dos Juizados Especiais Criminais, da esfera federal ou estadual, os crimes de menor potencial ofensivo.

⁹² Ibid., loc. cit.

⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Criminal). Conflitos de Competência nº 70004883427, 70004760997, 70004706370, 70004726725, 70004684700, 70004684700, 70004668745, 70004686010, 70004585527, 70004589875, 70004582094, 70004616942, 70004549275, 70004584025, 70004605200, 70004443289, 70004478319 e 70004209417. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

⁹⁴ Ibid., loc. cit.

O art. 61, da Lei nº 9.099/95, reputa de menor potencial ofensivo tão-somente os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano. Já o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, mostra-se mais favorável ao réu, tendo como de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei confere pena máxima não superior a dois anos ou multa. Contudo, o art. 20, da mesma Lei nº 10.259/01, veda a aplicação deste Diploma Legal a juízos estaduais.

Portanto, a exegese de ambos os Diplomas Legislativos adstrita à literalidade constataria a impossibilidade de réus da Justiça gaúcha, acusados da prática de crime com pena máxima acima de um ano mas não superior a dois anos, serem submetidos à jurisdição dos Juizados Especiais Criminais daquele Estado, em vez de processados e julgados por Vara Criminal da Justiça Comum do Rio Grande do Sul.

No entanto — atesta o exame da mencionada jurisprudência do TJ-RS — o princípio tridimensional da proporcionalidade endossa a aplicação do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, ao Poder Judiciário de qualquer Estado-Membro brasileiro, haja vista plasmar medida (1) adequada ao fim de propocionar aos réus da Justiças Penais Federal e Estaduais tratamento isonômico, (2) de menor ofensividade por oferecer mínima restrição ao *status libertatis* do réu e (3) que melhor calibra a defesa dos direitos fundamentais do acusado com o resguardo do interesse social de se promover a prevenção e repressão criminal.

No Acórdão nº 896830 (Apelação Crime nº 70008389843, da relatoria do Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, de 19 de maio de 2004)⁹⁵, o referenciado órgão judicante do Tribunal de Justiça gaúcho propiciou outro modelar exemplo de aplicação do princípio tridimensional da proporcionalidade na seara das Ciências Jurídicas Penais.

Da análise do entendimento do TJ-RS no aludido processo criminal, apreende-se que o princípio da proporcionalidade permite ao condenado por uso de documento falso (art. 304, do Código Penal brasileiro) cumprir as penas de prestação de serviços à comunidade e pagamento de prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, pois consubstanciam sanções penais apropriadas à gravidade daquele crime e as de menor ofensividade possível naquela situação, havendo condições de serem executadas sem prejudicarem a saúde do réu, mesmo se cardíaco, ou ocasionarem desequilíbrio entre o ânimo de se amparar a dignidade do apenado e o anseio de se preservar a ordem jurídico-penal e se fomentar o aprimoramento da segurança no trânsito.

⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Criminal). Acórdão nº 896830. Apelação nº 70008389843. Porto Alegre, 19 de maio de 2004. Relator: Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>> Acesso em: 28 mar. 2005.

6. Conclusão

O exposto clarifica a importância do princípio tridimensional da proporcionalidade como a norma que melhor expressa a ânsia do ser humano e da sociedade de obter do Poder Público atos eficazes, de mínima interveniência no exercício dos direitos fundamentais, portadores de equilíbrio e emissários do valor do justo, a harmonizarem os valores em tensão dialética e conciliarem os meandros do arcabouço normativo jurídico com as intrincadas nuances do caso concreto.

Dessa maneira o agente público se municia de instrumento científico a calibrar o ordenamento jurídico livre seja de conceitos indeterminados de razoabilidade, seja de critérios subjetivos, pessoais e adstritos ao que entende como sensato, conveniente ou oportuno.

Com efeito, trata-se de postulado jurídico de vocação universalita, reverberando em jurisprudências internacionais, nacionais e regionais e orientando a aplicação do Direito Público tanto no Sistema Jurídico do *Common Law*, quanto no Sistema Jurídico Romano-Germânico.

Nas ordens jurídicas de matriz ou influência ocidental onde liberdades públicas estão sendo temperadas pelo aparelho estatal, invoca-se o princípio da proporcionalidade para compor o conflito de interesse. À medida em que os juízes se socorrerem da vertente trina do princípio da proporcionalidade ao exercitarem o controle da atividade do Estado, maior a possibilidade da judicatura fornecer ao jurisdicionado decisões consistentes, inteligíveis e de credibilidade, consagrando a função judicante como múnus técnico, de voz sóbria, visão lúcida e raciocínio cristalino.

BIBLIOGRAFIA:

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 3, n. 4, p. 196-209, jan.-dez. 2000.
- GUIMARÃES, Ruy Malveira. O princípio da proporcionalidade. *Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas*, Manaus, v. 2, p. 199-209, jan.-dez. 2001.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 781, p. 71-78, nov. 2000.

LEONG, Angela Veng Mei. The “bate-ficha” business and triads in Macau casinos. Brisbane, *Queensland University of Technology Law & Justice Journal*, v. 2, nº 1, jan.-jun. 2002, p. 83-96.

SCHWARZE, Jürgen. Enlargement, the European Constitution, and Administrative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 53, n. 4, p. 969-984, oct.-dec. 2004.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001. (Coleção Direito Civil, v. 1.)