



A CARACTERIZAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E DO BALANCEAMENTO

THE CHARACTERIZATION OF PROPORTIONALITY AND BALANCING

Fausto Santos de Morais

Doutor e mestre em Direito Público (UNISINOS). Docente do PPGD da Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo-RS. Pesquisador com apoio da Fundação Meridional. Advogado.

Resumo

No Brasil, após o advento da Constituição Federal de 1988, o Princípio da Proporcionalidade e o Balanceamento se tornaram os principais recursos judiciais para a promoção da máxima proteção aos direitos e garantias fundamentais. Ao refletir sobre essa premissa, o presente trabalho propõe um estudo comparativo sobre a aplicação do Princípio da Proporcionalidade e do Balanceamento na arena de três dos mais influentes tribunais mundiais, quais sejam: *Bundesverfassungsgericht*, *Supreme Court* e *Corte Europeia de Direitos Humanos*. Com base em um esforço científico de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial este estudo fomenta, sob o enfoque dos Direitos Fundamentais, uma melhor compreensão sobre esses conceitos por meio de diferentes perspectivas adotadas pelos tribunais investigados.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Constitucionalismo. Princípio da Proporcionalidade.

Abstract

In Brazil after the advent of 1988 Federal Constitution the Principle of Proportionality and the Balancing have become one of the major resources to promote maximum protection of constitutional rights. Reflecting on this premise, this paper proposes a comparative research about the Principle of Proportionality and the Balancing uses in the arena of three courts in evidence which ones are *Bundesverfassungsgericht*, *Supreme Court* and *European Court of Human Rights*. Based on a bibliographic and jurisprudential scientific review the study improved, with focus on Fundamental Rights, a better understanding about that concepts looking for different perspectives coming from the trials before indicated.

Key-words: Constitutional Rights. Constitutionalism. Principle of Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

A hipótese desta reflexão é que as categorias do Princípio da Proporcionalidade e do Balanceamento vêm sendo utilizadas como recursos hermenêuticos para as deliberações judiciais que promovem a extensão da proteção conferida aos Direitos Fundamentais.

Esses recursos hermenêuticos possuem similaridades e disparidades, ganhando a sua identidade por vinculação ao correspondente paradigma em que se encontram. Por esse motivo, acredita-se que o conhecimento das decisões judiciais dos tribunais superiores que utilizaram dessas categorias é uma das formas privilegiadas para compreendê-las.

Deve-se esclarecer, ainda, que fora assumindo como pressuposto de pesquisa o fenômeno da influência desses tribunais estrangeiros nas deliberações judiciais brasileiras – como um fenômeno de mundialização da justiça, ou seja, de estabelecimento de relações e compartilhamento de fontes do Direito não formalmente ortodoxas.

Entende-se que o presente estudo científico cumpre o objetivo central de fornecer elementos originais e caracterizadores dessas noções, auxiliando no desenvolvimento de uma compreensão crítica sobre o alcance e o limite das importações desses conceitos como recurso à hermenêutica dos Direitos Fundamentais, bem como à formação de um cenário judicial mundial.

A partir dessa linha de pensamento, a presente pesquisa encontra sua justificação por assentar um estudo histórico-comparativo sobre as aludidas categorias nas decisões dos tribunais estudados, especialmente por estabelecer bases para a precisão, a distinção e a contextualização da utilização desses diferentes conceitos no âmbito da jurisdição constitucional brasileira.

Este trabalho, portanto, é o produto de uma pesquisa documental realizada indiretamente por meio da revisão bibliográfica e sob a orientação do método da fenomenologia hermenêutica quanto à caracterização dessas diferentes categorias, quais sejam: da Proporcionalidade no Tribunal Constitucional Federal Alemão e na Corte Europeia de Direitos Humanos, bem como o Balanceamento na Suprema Corte Norte Americana.

Além disso, considerando que a ideia do Princípio da Proporcionalidade, que

vem sendo utilizada frequentemente pelo Supremo Tribunal Federal, ganha referências às tradições jurídicas alemãs, procurou-se enfatizar os estudos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre o tema, o que determinou numa extensão diferenciada desta respectiva seção.

Convergingo para os fins pretendidos com este trabalho, faz-se a apresentação dos principais casos jurídicos em que o Princípio da Proporcionalidade e o Balanceamento foram empregados nas distintas tradições investigas, inclusive como forma de promover uma melhor compreensão crítica acerca das características da sua utilização nos distintos ordenamentos jurídicos, sobretudo, constituindo uma abordagem *a priori* para a análise rigorosa sobre a ascensão da aplicação dessas categorias pelos tribunais brasileiros.

2. A HISTORICIDADE DA PROPORCIONALIDADE NA TRADIÇÃO ALEMÃ

Como surgiu a noção do Princípio da Proporcionalidade? Responder essa pergunta não é algo simples. Há aqueles que entendem que a noção de Proporcionalidade sempre esteve presente na cultura ocidental. Corroborando esse raciocínio, Aristóteles poderia ser considerado o filósofo que pensou a importância da Proporcionalidade para a justiça ao promover a relação entre virtude e moderação (ARISTÓTELES, 2007, 1106b, p. 20-25).

Para fins da presente seção, vale concentrar-se num sentido da Proporcionalidade associada a história do direito alemão – por origem desta noção ao Direito Prussiano –, mais precisamente no contencioso administrativo. Não é difícil entender que a noção de Proporcionalidade ganhou a sua compreensão como forma de ampliar a proteção aos direitos dos cidadãos frente ao exercício de poder do Estado.

A Proporcionalidade teria servido para controlar os atos do Estado mesmo que amparados pela legislação. Em 1794, havia na Prússia a vigência do *Allgemeines Landrecht*, lei que no seu artigo 10 (2) autorizava o governo a utilizar os poderes necessários para manter a ordem pública. O dispositivo legal fazia referência a um dos elementos hoje conhecidos como submáximas da Proporcionalidade, qual seja, necessidade. Logo, ao Estado era passível promover apenas as medidas necessárias para atingir a paz, segurança e ordem pública.

Analisando a noção de necessidade, cumpre destacar a sua consequência

jurídica, qual seja a complementação do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) impondo limites às ações governamentais ao mesmo tempo em que ampliava o grau de liberdade dos cidadãos. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 13-14). Assim, qualquer intervenção estatal nos direitos individuais, além de dever ser clara de acordo com os dispositivos legais, deveria ser considerada necessária para atingir a finalidade requerida.

A exigência do Estado de Direito e da necessidade (de Proporcionalidade até então) deveria encontrar ressonância num órgão institucional apto a lhes dar força normativa. É sobre isso que os autores vão chamar a atenção. Vão ressaltar, portanto, que em meados do século XIX, o liberalismo alemão passou a buscar o apoio institucional do Poder Judiciário para controlar os atos do Estado. Logo, a Suprema Corte Administrativa da Prússia passou a revisar os atos do Estado no período de 1882 a 1914, fazendo intenso uso da Proporcionalidade (pelo viés da necessidade) como maneira de aferir a legitimidade da atuação estatal em intervenções sobre aspectos sociais e econômicos. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 15-16).

A título exemplificativo, destaca-se a utilização da Proporcionalidade na decisão da Corte Administrativa no caso *Kreuzberg*, 1882, em que foi determinada a invalidez da ordem da cidade de Berlim sobre construções que inviabilizassem a vista sobre monumentos nacionais, sendo que a atuação do Estado somente seria necessária no caso de prevenção ao perigo público. O que se pretendia impedir, com o julgamento, seria a imposição de uma concepção estética da cidade pelo Estado¹. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 16).

Com efeito, Grimm indica que a utilização da Proporcionalidade na ordem jurídica prussiana se dava em decorrência da necessidade de controle do poder discricionário conferido às autoridades prussianas, com o intuito de proteção à liberdade e à propriedade em casos em que existiam expressões vagas no direito positivo. Logo, além da legislação, a Proporcionalidade serviria como um requisito adicional para legitimar a ação estatal por meio do seu poder de polícia. (GRIMM, 2007, p. 385).

¹ Cohen-Eliya e Porat ainda fazem referência ao fato de que as Democracias sociais somente poderiam restringir direitos fundados em questões concretas. Isso porque, a proteção à ordem pública como fim último de um ato estatal deveria estar fundada em condições reais, e não em meras presunções. Nesse sentido, foi a decisão tomada pelo tribunal administrativo prussiano que vedou o banimento da peça *The Weaver* sob o argumento de promover, junto com o consumo de álcool, distúrbio à ordem pública. Talvez, especula-se, o consumo desmedido de álcool, por si só, já sirva para contribuir ao distúrbio à ordem pública.

É também à tradição jurídica prussiana que Pulido vai identificar a gênese do Princípio da Proporcionalidade. Diz o autor que o Estado de Polécia prussiano somente poderia agir considerando que as intervenções feitas à liberdade dos cidadãos deveriam ser legítimas. Para tanto, essa legitimidade era aferida com vista à intensidade da intervenção e ao alcance dos objetivos pretendidos. (PULIDO, 2007, p. 47).

A consequência seria que somente algumas intervenções do Estado na esfera individual – de liberdade do cidadão – poderiam ser consideradas como justificadas. Nesse sentido, Pulido (2007, p. 47) afirma que a noção de idoneidade (conhecida como submáxima da adequação) ganharia lugar quando o ato praticado perseguisse os fins relevantes da comunidade. Assim, ao longo do tempo, a noção teleológica de legitimidade dos meios diante dos fins consolidou-se na categoria do Princípio da Proporcionalidade que, no direito público prussiano, ganhou a significação de proibição do excesso. (PULIDO, 2007, p. 47).

Ainda no século XIX, o Princípio da Proporcionalidade passou a ser conhecido em grande escala no Direito Administrativo Alemão, fazendo com que qualquer exercício do poder político devesse guardar relação de proporcionalidade, servindo para anular as medidas coercitivas que interviriam excessivamente nos direitos individuais. Com o passar do tempo, este princípio acabou sendo utilizado pelos órgãos que exercem a jurisdição sobre as questões do Direito Administrativo, principalmente, sobre aqueles atos qualificados juridicamente como discricionários da administração pública. (PULIDO, 2007, p. 48).

Além da noção de proporcionalidade, o Direito Alemão também viu crescer, paralelamente, a concepção de balanceamento: a segunda estava associada ao desenvolvimento do Direito Privado, enquanto a primeira ao desenvolvimento do Direito Público. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 16).

Ao apresentar o Princípio da Legalidade administrativa no direito comparado europeu, em especial no Direito Administrativo Alemão, Correia (1987, p. 77) reporta que o Princípio da Proporcionalidade deve ser concebido como constituidor de um conjunto de parâmetros jurídicos ínsitos ao exercício da discricionariedade administrativa porque o Parlamento, como símbolo maior da Democracia, passou a conceder à Administração elementos flexíveis para o exercício do poder na consecução dos fins do Estado.

Ademais, analisando o argumento supramencionado, seria possível identificar

uma tendência de utilização de conceitos indeterminados e discricionariedade de decisão. Nesses dois casos, o administrador teria a possibilidade de exercer a sua discricionariedade de escolha. (CORREIA, 1987, p. 110).

Todavia, o exercício desse poder discricionário pelo poder administrativo não poderia se desviar das suas finalidades, podendo o tribunal “verifica(r) se o conteúdo do acto extravasou das alternativas que a lei deixa à escolha do órgão ou agente (*Ermessensüberschreitung*) e se houve desrespeito pelo fim do poder discricionário (*Ermessensmissbrauch*)”. Como sustenta Correia (1987, p. 115), a Proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) passou a ser utilizada como elemento apto para verificar a violação dos Direitos Fundamentais previstos pela Constituição Alemã.

Interessa saber quais teriam sido as primeiras e principais decisões em que a Proporcionalidade foi utilizada como *ratio decidendi*. Assim, Grimm observa que a Proporcionalidade teve uma das suas primeiras referências, sem qualquer explicação do seu conteúdo, na possibilidade dos Estados limitarem direitos em caso de emergência, desde que estivessem adstritos ao limite do absolutamente necessário, *BVerfGE* 1, 167 at 178 (1952). Outra decisão que fazia referência à Proporcionalidade envolveria a discussão sobre a eleição no caso *Nordrhein-Westfalen*, *BVerfGE* 3, 383 at 399 (1954). (GRIMM, 2007, p. 385).

Do mesmo modo, no âmbito Tribunal Federal Constitucional Alemão, a decisão que é referência no mundo todo como paradigma do modelo de Estado de Direito Pós-Segunda Guerra², e dos efeitos horizontais dos Direitos Fundamentais, é a proferida no caso conhecido como *Lüth*, *BVerfGE* 7, 198. (BOMHOFF, 2008, p. 122).

Numa Reclamação direcionada ao Tribunal Federal Constitucional se postulava a reforma das decisões que condenaram Erich Lüth, cidadão alemão e crítico de cinema, a uma prestação negativa: deixar de incentivar os produtores de obras cinematográficas, bem como do público em geral, a boicotar o filme de Veit Harlan, ator e cineasta responsável pela execução do filme “*Jud Süß*” (1941). O boicote proposto por Lüth tinha fundamento na suposta apologia, produzida pelo filme “*Jud Süß*”, à violência nazista praticada contra o povo judeu. (SCHWABE, 2005, p. 381).

Nesse sentido, Veit Harlan e sua produtora cinematográfica promoveram ação

² Entende Jacco Bomhoff que a partir da decisão no caso *Lüth* houve um aumento significativo de tribunais que passaram a utilizar a linguagem do sopesamento judicial para justificar as decisões sobre Direitos Fundamentais.

judicial em face de Lüth, sobretudo com base no fundamento previsto no § 826 BGB³. (CANARIS, 2006, p. 154). Essa ação restou, em sede preliminar, julgada favorável pelo Tribunal de Hamburgo. Todavia, Lüth interpôs apelação e, conjuntamente, uma Reclamação Constitucional alegando violação do seu direito à liberdade de expressão de pensamento, garantido pelo texto constitucional.

Ao apreciar a Reclamação de Lüth, o Tribunal Federal Constitucional Alemão entendeu que a referência “aos bons costumes” deveria ser lida mediante o sopesamento frente ao direito de liberdade de expressão do pensamento. Portanto, a convocação para o boicote, feita por Lüth, estaria justificada constitucionalmente⁴. Desse modo, a Lei Fundamental Alemã no seu artigo 5º não protegeria apenas a expressão da opinião como tal, mas também o efeito intelectual a ser alcançado por sua expressão. (SCHWABE, 2005, p. 382).

Alexy (2007, p. 107) afirma que a decisão no caso Lüth teria sido inauguradora da limitação metodológica da subsunção como forma de resolução dos problemas que envolviam os Direitos Fundamentais porque o Código Civil Alemão levaria à limitação de um Direito Fundamental – liberdade de opinião, exigindo a necessidade de sopesamento entre princípios constitucionais colidentes. O resultado do sopesamento teria implicado a primazia da liberdade de opinião diante dos princípios em sentido contrário. Ainda, para Alexy (2007, p. 108) a decisão teve parcela determinante à concepção dos Direitos Fundamentais como princípios jurídicos, bem como a exigência de sopesamento de bens nesses casos.

Grimm (2007, p. 385) entende que outro posicionamento paradigmático teria sido marcado com o proferimento da decisão *BVerfGE 7, 377 (1958) [Apothekenurteil]*, na medida em que esta foi a primeira a detalhar de maneira mais explícita o que requeria o Princípio da Proporcionalidade, dando alguns indicativos do seu conteúdo. O que se colocava em jogo era a possibilidade do exercício da atividade de farmacêutico diante da negação de alvará com base em lei Bavária para o setor farmacêutico. (SCHWABE, 2005, p. 593). Nessa decisão, identificam-se condições

³ O dispositivo legal tem a seguinte referência: “Lesão dolosa contra os bons costumes. Quem causar dolosamente danos a outra pessoa de forma contrária aos bons costumes fica obrigado a indenizá-los”.

⁴ Dimoulis e Martins (2008, p. 112) afirmam que imperou a teoria do efeito horizontal mediato dos Direitos Fundamentais. Ou seja, que os juízos quanto a aplicação de cláusulas gerais demandaria considerar o efeito horizontal dos Direitos Fundamentais. Referem Dimoulis e Martins que “os Direitos Fundamentais só produzem efeitos para as relações jurídicas de direito privado mediante normas e cláusulas gerais que oferecem verdadeiras “portas de entradas”. Esclarecem os autores, ainda, que existe posicionamento em ambos os lados da corrente *mediata* ou *imediata* quanto a aplicação dos efeitos horizontais dos Direitos Fundamentais.

exigidas pela Proporcionalidade que, no futuro sistema dogmático de Alexy, seriam identificadas como submáximas do Princípio da Proporcionalidade.

Destaca-se a referência à ponderação de bens jurídicos e adoção de medidas que menos restringissem os Direitos Fundamentais. A decisão indicava a necessidade de análise entre os graus de intensidade na intervenção (satisfação) dos Direitos Fundamentais (SCHWABE, 2005, p. 611). O cerne da discussão seria a possibilidade do Estado restringir o exercício da liberdade de profissão na regulamentação das profissões. Isso porque, a Lei Fundamental previa no artigo 12, I, que todos possuem o direito livre de escolher a profissão, prevendo, ainda, cláusula de restrição legal. (SCHWABE, 2005, p. 596).

No caso em discussão, a restrição ao exercício da atividade de farmacêutico veio prevista pelo artigo 3º da Lei do Setor Farmacêutico da Baviera, que exigia a permissão ao exercício profissional de acordo com o interesse público. A análise, portanto, da limitação do direito por interesse público envolveria requisitos como: a) limitação adequada; b) intervenção mínima possível no direito fundamental atingido; c) proporcional ao fim almejado; d) grau de intervenção mais sutil possível. (SCHWABE, 2005, p. 593).

Em outro caso, também envolvendo a liberdade profissional, *BVerfGE* 13, 97 (*Handwerksordnung*), um artesão de relógios, proprietário de uma oficina inaugurada em 1934, promoveu um processo administrativo requerendo a dispensa das exigências técnicas trazidas nas disposições do Código de Regulamentação da Profissão do Mestre de Ofício (1953). O referido Código introduziu regulamentação a qual passou a obrigar a realização de um exame de conhecimento técnico e administrativo para o registro profissional de artesão, todavia os §§ 7 II e 8 previam uma exceção ao exame em casos excepcionais. Logo, a Administração poderia conceder uma autorização dispensando a realização do exame técnico.

Com base nos fundamentos supramencionados, o artesão requereu autorização administrativa para dispensa do exame. Sua justificativa estava baseada em um problema de saúde que limitava seus movimentos físicos para tão somente a realização de trabalhos complexos, os quais eram exigidos no exame técnico. Justificou, ainda, o artesão que não realizava trabalhos complexos, bem como que o não deferimento da autorização profissional comprometeria a sua subsistência, uma vez que dependia da oficina para sobreviver. Porém, seu pedido, em sede administrativa, foi indeferido.

Por conseguinte, o artesão buscou tutela judicial promovendo uma ação na Justiça administrativa da cidade de Hannover. Ao apreciar o caso o Tribunal decidiu sobrestar o feito e, preliminarmente, apresentar ao Tribunal Constitucional Federal o argumento acerca da constitucionalidade dos §§ 1, 7 I e II do Código de Regulamentação da Profissão. Por sua vez, o Tribunal Constitucional Federal julgou constitucionais os referidos dispositivos e devolveu os autos ao Tribunal de Hannover para esse decidir, aplicando a legislação declarada constitucional.

No caso, a decisão do Tribunal de Hannover, entre outros fundamentos, se utilizou da teoria dos graus de intervenção (*Stufentheorie*) para análise da Proporcionalidade, conforme visto na decisão *Apothekenurteil*, também serviu de fundamento para determinar como exagero os requisitos exigidos para a profissão de artesão de relógio. (SCHWABE, 2005, p. 596).

Com efeito, de acordo com o referencial teórico investigado foi possível até o presente momento apresentar as decisões do Tribunal Constitucional Alemão qualificadas como paradigmáticas para o estudo da temática. Deste ponto em diante, aproveitar-se-á das decisões referenciadas por Robert Alexy na sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

A decisão proferida com o caso jurídico *BVerfGE* 19, 342, (*Wencker*), justificaria a noção do Princípio da Proporcionalidade como a própria essência dos Direitos Fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 177).

No caso, um almirante (*Wencker*)⁵ promoveu uma Reclamação Constitucional contra ordem de prisão preventiva, indicando haver tensão entre direito do indivíduo à liberdade pessoal e as inegáveis necessidades de uma efetiva persecução penal. O resultado serviu para afastar as decisões quanto à prisão provisória, visto que as limitações à liberdade deveriam estar baseadas em situações necessárias e adequadas. (SCHWABE, 2005, p. 312).

Um dos casos indicados por Alexy (2007, p. 167) que denuncia a utilização da Proporcionalidade pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão seria a decisão *BVerfGE* 35, 202 (*Lebach*)⁶. O caso envolvia a exibição de documentário sobre o crime

⁵ Schwabe apresenta breve síntese do caso: “O reclamante, um almirante aposentado de 76 anos de idade é acusado de homicídio doloso qualificado (Mord). Pesa-lhe a acusação de, em 1944, como adido naval da embaixada alemã em Tóquio, ter dado a ordem de, no caso de auto afundamento do navio, deixar afundar com o navio os presos que respondiam a inquérito e que, capturados após rompimento de bloqueio, haviam sido embarcados para a Alemanha”. (SCHWABE, 2005, p. 311-312).

⁶ Inclusive, esse caso é estereotipado para demonstrar como que a metodologia da máxima da Proporcionalidade, mais precisamente, a primeira lei de sopesamento: quanto maior for o grau de não-

de latrocínio praticado em 1969, no lugarejo de *Lebach*, em que quatro soldados que guardavam um depósito de munição foram brutalmente assassinados e outro gravemente ferido. Os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua, e o auxiliar na preparação criminosa a seis anos de prisão. (SCHWABE, 2005, p. 487).

A pretensão do canal de televisão era apresentar documentário em que as fotos e os nomes dos condenados eram apresentados para posterior representação por atores das circunstâncias do crime, perseguição e prisão. Além disso, o documentário expunha pormenores da relação entre os condenados, inclusive, expondo ao público as ligações homossexuais entre eles. (SCHWABE, 2005, p. 487).

A Reclamação Constitucional promovida pelo coadjuvante no crime foi interposta contra decisões dos tribunais que negaram a liminar para proibição da transmissão do programa. O Tribunal Federal Constitucional entendeu que no caso estar-se-ia diante de uma violação ao direito de desenvolvimento da personalidade, sendo justificada, portanto, a intervenção no direito de liberdade de radiodifusão pela proibição da transmissão.

Segundo Schwabe (2005, p. 488), no caso concreto, pela aplicação do Princípio da Proporcionalidade, a informação com o nome, foto ou identificação do criminoso nem sempre seria permitida, principalmente considerando o tempo ilimitado de exibição da notícia que expusesse a pessoa do criminoso e sua vida privada. A reclamação foi julgada procedente, entendendo que o “dano causado à ‘personalidade’ por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre”. (SCHWABE, 2005, p. 492).

Relativo à apresentação da máxima da Proporcionalidade e à indicação das submáximas, Alexy (2007, p. 119) enuncia a decisão do Tribunal Federal Constitucional Alemão no caso *BVerfGE 38, 281 (Arbeitnehmerkammern)*. O caso envolvia a discussão sobre a validade de leis dos Estados-Membros de Bremen e Saarland que obrigavam a filiação de todos os empregados às Câmaras dos Empregados (*Arbeitnehmerkammern*). Considerando a presunção de liberdade fundamental e a prerrogativa de livre associação, não poderia o cidadão ser coagido à filiação obrigatória por pessoas jurídicas desnecessárias⁷. (SCHWABE, 2005, p. 247).

A decisão proferida ao julgamento da *BVerfGE 30, 173 (Mephisto)* indicou a

satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de outro.

⁷ Somente se justificaria a obrigatoriedade de associação ao grupo de cidadãos cuja profissão exigem determinadas condições técnicas, que podem afetar a coletividade, e deveriam ser fiscalizadas por órgão competente.

colisão entre o direito de liberdade artística e o âmbito de proteção de liberdade. Não sendo possível dizer que houvesse violação ao direito de liberdade artística, manteve-se a decisão que proibiu a editora de publicar o livro “Mefisto – romance de uma carreira” de Klaus Mann porque o principal personagem do livro, para os leitores de Klaus Mann, era inspirado em Gustav Gründgens. Assim, o filho adotivo de Gründgens obteve a proibição com justificção na violação da honra pessoal, imagem e reputação social ao ator falecido, pois descrevia a renegação da convicção política, deixando para trás as suas relações humanas e éticas para fazer sucesso artístico em apoio ao regime nazista⁸. (SCHWABE, 2005, p. 247).

O julgamento *BVerfGE* 90, 145 (*Cannabis*) foi em Reclamação Constitucional a qual questionava a tipificação penal da aquisição e o porte para consumo próprio de produtos derivados da planta *canabis sativa*. Haveria no caso colisão entre o direito de liberdade e a proteção do bem jurídico através da sanção penal, sendo, juridicamente, equivalente o grau de intervenção com a satisfação obtida. (SCHWABE, 2005, p. 250). Restava, portanto, analisar a condição epistêmico-empírica da adequação e necessidade, o que, na visão de Alexy, implicaria o reconhecimento da discricionariedade do legislador (ALEXY, 2007, p. 620).

Ainda, na decisão *BVerfGE* 95, 173 (*Tabakwarnhinweise*) o tribunal entendeu que os avisos sobre os riscos de fumar, como “fumar causa câncer” ou “fumar causa impotência sexual”, não violariam a liberdade do exercício profissional diante do bem comum e da Proporcionalidade, se “o meio escolhido para alcance do propósito almejado for adequado e também necessário e se, junto à ponderação geral entre o gravame da intervenção e o peso das razões que as justificarem, for observado o limite da exigibilidade”. (SCHWABE, 2005, p. 652).

Alexy (2007, p. 595) usa a decisão para destacar a existência de casos em que a intervenção aos Direitos Fundamentais poderia ser considerada como moderada. O motivo seria que o conhecimento médico atual sustentava que fumar causaria câncer e doenças cardíacas e vasculares, fazendo com que os avisos nas embalagens de cigarros fossem uma intervenção leve diante do grau de importância.

Portanto, a presente seção serve como matéria-prima para apresentar as decisões e posicionamento do *Bundesverfassungsgericht* na aplicação do Princípio da

⁸ Schwabe descreve que houve divergência na decisão, havendo votos a favor e contra a reclamação. Assim, ora prevalecia a liberdade artística, ora a proteção da personalidade, o que, por determinação normativa daquele órgão implicaria no reconhecimento da validade das decisões atacadas.

Proporcionalidade na tradição jurídica alemã, proporcionando, por força dessas reflexões, a possibilidade de comparação com o emprego da concepção na ordem jurídica brasileira.

3. A PROPORCIONALIDADE E A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A presente seção objetiva apresentar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade nos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos. De acordo com Sweet e Mathews (2009, p. 193), o Princípio da Proporcionalidade passou a ser utilizado no continente europeu – por força da União Europeia e da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, como reflexo da influência da atuação do Tribunal Federal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), tanto quanto por países em que a tradição jurídica continental não fosse o modelo adotado⁹.

Conforme apresentam os autores, desde 1970 a Corte Europeia de Justiça entende a Proporcionalidade como princípio de Direito, não escrito, sendo um produto próprio da noção de Estado de Direito. A Proporcionalidade foi acionada como *standard* pelo qual a extensão das obrigações jurídicas impostas aos cidadãos deveria atender ao interesse público de tal medida.

Esse foi o entendimento assentado no julgamento da *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr – und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, 1970 E.C.R. 1125, 1136. (SWEET; MATHEWS, 2009, p. 200). Tal caso submeteu à Corte Europeia questão problemática acerca da validade da regulamentação comunitária, a qual exigia certificados de exportação e de importação, bem como estipulava um regime de cauções para comercialização de cereais e produtos formados à base de cereais, por exemplo o arroz.

A tese de violação de Direitos Fundamentais afirmava que as exigências comunitárias seriam contrárias a certos princípios estruturais do direito constitucional alemão e, sobretudo, violariam os princípios da liberdade econômica e da Proporcionalidade. Logo, as exigências internacionais constituiriam uma intervenção demasiada na liberdade comercial, especialmente porque o controle do mercado poderia ser dado por outras intervenções de consequências menos gravosas.

No entanto, a Corte Europeia considerou que a exigência de certificados de

⁹ Os autores abordam além da Corte Europeia de Direitos Humanos outras cortes vinculadas a tradições jurídicas muito diferentes da germânica, como, por exemplo, aquelas no Canadá, África, Israel. (SWEET; MATHEWS, 2009, p. 193).

exportação e importação não violava nenhum direito fundamental, sobretudo porque tal exigência era medida adequada e meio apropriado para que as autoridades competentes pudessem regulamentar e fiscalizar o funcionamento do mercado comunitário de produção de cereais. Assim, a decisão considerou a prevalência do direito comunitário em face às disposições constitucionais particulares do Estado alemão.

Novamente, no julgamento do caso *265/87, Schraeder v. Hauptzollamt Gronau, 1989 E.C.R. 2237 (1989)*, a Proporcionalidade foi declarada como Princípio da comunidade jurídica, exigindo que as medidas legais fossem adequadas e necessárias para atingir os fins legítimos. (SWEET; MATHEWS, 2009, p. 200).

A tradição do Princípio da Proporcionalidade foi se consolidando ao ponto de a Constituição Europeia dispor, no seu artigo 52, a estrita ligação entre limitações das liberdades de acordo com o Princípio da Proporcionalidade. Isto é, desde o acordo com as necessidades e os objetivos gerais reconhecidos e protegidos pela União Europeia. (SWEET; MATHEWS, p. 201).

Com vista à aplicação do Princípio da Proporcionalidade pela União Europeia e pela Corte Europeia, entendem os autores que ela produz dois efeitos principais: primeiro, oferece uma maneira para lidar com os conflitos entre liberdades e o poder dos estados membros da União Europeia. Segundo, permite a coordenação entre a ordem jurídica supranacional e as nacionais. (SWEET; MATHEWS, p. 201).

Rigaux faz o contraponto ao questionar sobre o uso excessivo do Princípio da Proporcionalidade nas decisões judiciais. Para tanto, o autor analisa e apresenta o caso *Kokkinakis c. Grèce, Publ. De la Cour, Série A, vol. 260-A*, apreciado pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, em que se discutia a validade de lei penal claramente discriminatória que impedia o proselitismo, aplicada, somente à religião em questão. (RIGAUX, 2003, p. 289). A corte ficou no impasse sobre a validade da lei, tendo apelado à Proporcionalidade como forma de considerar inaplicável a lei no caso em questão. Quanto ao ocorrido, a crítica de Rigaux (2003, p. 289-290) teria sido de que a corte encorajou o Estado à manutenção da legislação discriminatória¹⁰.

¹⁰ A crítica de Rigaux continua ao analisar os requisitos previstos pela Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e da Liberdades Fundamentais. Isso porque, entende o Rigaux, em síntese, que os requisitos da previsão legal para restrição das liberdades individuais – como liberdade de religião, por exemplo, é flexibilizada diretamente pela análise da Proporcionalidade. O que parece espelhar, de certa forma, o problema da aplicação da máxima da Proporcionalidade no contexto brasileiro que, *per saltum*, ignora a análise de adequação e necessidade para ponderar por meio da Proporcionalidade em sentido estrito.

O Princípio da Proporcionalidade utilizado pela Corte Europeia por vezes serve de suporte para controlar e afastar *standards* particulares. Nesse sentido, a Proporcionalidade apoiaria o afastamento da aplicação do conhecido “*Wednesbury reasonableness*”, derivado da tradição inglesa em que se decidiu o caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp [1948] 1. K.B. 223 (U.K.)*¹¹. Especula-se que o motivo determinante seria o reconhecimento da discricionariedade do Poder Executivo para tomar decisões políticas as quais envolvessem interesses sociais e econômicos, admitindo-se, apenas em casos extremos, o controle judicial de tais atos. Com a incorporação da noção do Princípio da Proporcionalidade dar-se-ia um passo adiante na flexibilização do entendimento sobre a rigidez dos atos do executivo diante do judiciário¹².

No conhecido caso *Handyside v. United Kingdom, 24 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1976)*, a Corte Europeia reconheceu que o Reino Unido tinha prioridade na eleição das restrições sobre a liberdade de imprensa (o que poderia ser reconhecido como sua margem de apreciação). Ainda assim, o poder do Estado em definir os meios de intervenção sobre os direitos de liberdade não seria algo uniforme, visto que na decisão do caso *Dudgeon v. United Kingdom, 45 Eur. Ct. H. R. (ser. A) at 24 (1981)* a corte reconheceu que medidas criminalizantes da homossexualidade seriam desproporcionais. (SWEET; MATHEWS, 2009, p. 203).

Möller (2012, p. 712), ao enfrentar os desafios associados à Proporcionalidade, indica algumas decisões levadas à Corte Europeia de Direitos Humanos que evidenciam a influência da noção da Proporcionalidade no pensamento jurídico europeu. O autor indica o caso *Smith and Grandy v. United Kingdom. (2000) 29 EHRR*, em que se questionava a possibilidade de o Reino Unido investigar e demitir funcionários da Royal Air Force em virtude da sua opção sexual, configurando violação do código de conduta instituído pelo Ministério da Defesa.

O Tribunal entendeu ser legítimo o objetivo da lei, utilizando-se do Princípio da

¹¹ Segundo Sweet e Mathews (2009, 175) a decisão consolidou a noção que o juiz poderia controlar atos oficiais desde que ele pudesse ser qualificado como não racional (*rational basis*), ou seja, que “[...] pessoa alguma de boa-fé poderia concluir que o ato fosse razoável”. Para Hickman (2004, p. 166-198), o caso que gerou o assentamento desse critério discutia a “razoabilidade” de decisão da *Wednesbury Corporation* de proibir o ingresso de menores de 15 anos no cinema, durante o domingo, mesmo que acompanhados por seus pais ou responsáveis.

¹² Alexy (2009, p. 06-08) expressa um posicionamento diferenciado sobre “*reasonableness*”. Para o autor esse conceito envolveria a capacidade de racionalidade prática que considera os critérios de julgamento quanto a correção de decisões judiciais. Assim, a *reasonableness* envolveria tanto o Balanceamento de todas as razões importantes quanto a correção racional argumentativa da decisão.

Proporcionalidade, considerando a possibilidade de tensão entre soldados homossexuais e heterossexuais¹³. *Pretty v. U.K. (2002) 35 EHRR* foi outro caso levado à corte europeia cuja decisão do Reino Unido de não liberar a suicídio assistido acabaria por violar o direito da autonomia pessoal da querelante. Entendeu a corte, num sopesamento, ser dever do Estado regular os procedimentos excepcionais em que se admitiria a assistência, não sendo possível determinar as condições sob pena de criar sérios riscos no abuso desse direito. (MÖLLER, 2012, p. 714).

No ano de 2003, a corte europeia decidiu o caso *Hatton v. United Kingdom, (2003) 37 EHRR 28 (Grand Chamber)*, em que se colocava o direito dos moradores próximos ao aeroporto de Heathrow de proteção à poluição sonora durante altas horas da noite e início da manhã, com a necessidade de proibição de voos nesses horários. Colocava-se em jogo, portanto, um interesse público econômico diante de um interesse individual. (MÖLLER, 2012, p. 721).

A resolução se mostrou controversa até na própria corte, eis que o primeiro julgado entendeu que o direito dos moradores deveria preponderar, todavia, por apreciação da cúpula, reformou o entendimento para garantir o interesse governamental mediante compensação pecuniária aos prejudicados. Logo, o presente caso sopesa o interesse macroeconômico diante dos interesses de pequena minoria, sendo demasiadamente restritiva a proibição dos voos.

Com o caso *Odievre v. France, (2004) 38 EHRR*, discutia-se a possibilidade da pessoa adotada obter a informação dos seus pais biológicos. O governo francês negou o pedido fundando-se na proteção à identidade dos pais naturais como uma medida política necessária. A corte decidiu que, num sopesamento dos interesses envolvidos, teria o estado francês a liberdade – margem de apreciação – para estipular medida que protegesse o anonimato dos pais biológicos. (MÖLLER, 2012, p. 717).

Sweet e Mathews (2009, p. 205) referem que o poder da Corte Europeia de dar a última palavra sobre a proteção dos Direitos Humanos e, para tanto, valer-se da Proporcionalidade, seria um dos principais fatores responsáveis pela disseminação do conceito nos demais tribunais superiores do continente europeu numa condição de

¹³ Entendeu a corte: “I do not think that the facts of the present case justify our Court’s interference. As I have already stated above, the sexual orientation of homosexuals does create the problems highlighted by the Government as a result of the communal accommodation with heterosexuals. There is nothing patently disproportionate in the approach of the Government. On the contrary, it was in the circumstances reasonably open to them to adopt the policy of not allowing homosexuals in the armed forces. This condition was made clear to the applicants before their recruitment”. Möller entende que a medida alcançaria o objetivo de evitar tensão entre os soldados em virtude de suas opções sexuais. Entretanto, ela não seria legítima por buscar fins moralistas. (MÖLLER, 2012, p. 712).

princípio constitucional.

4. A SUPREMA CORTE E O USO DO BALANCEAMENTO

É comum notar no Direito Norte-Americano o estudo sobre os posicionamentos adotados pelas decisões judiciais, como forma de conhecer os limites significativos do alcance normativo. Em algumas dessas decisões e manifestações, é possível identificar a discussão sobre o método do Balanceamento (*balancing*) como um dos recursos disponíveis ao julgador. Nesse sentido, Aleinikoff (1987, p. 943) afirma que o termo é utilizado como uma metáfora para designar a operação, de preferência, a determinado resultado, provocando, como consequência, a promoção de uma política ao custo de outra. Essa metáfora refere-se à “[...] teoria de interpretação constitucional baseadas na identificação, valoração e comparação de interesses em conflito”. (ALEINIKOFF, 1987, p. 944).

Para o Aleinikoff, a ponderação assume duas formas diferentes, variando de acordo com o posicionamento da *Supreme Court* em suas decisões. Numa perspectiva, a *Supreme Court* reconhece que *um interesse pesa mais que outro (an interest outweighing another)*, fazendo com que aquele interesse mais pesado prepondere. Indica o autor que na decisão da *Supreme Court* no caso *New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982)* deveria preponderar o interesse de restringir a possibilidade de distribuição de pornografia infantil sobre o interesse representado pela liberdade de expressão. Haveria, por sua vez, o *equilíbrio de interesses*, que é exemplificado pelo autor na decisão *Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985)*, em que a lei estadual foi considerada constitucional, reconhecendo-se como legítimo o direito de o policial utilizar força letal quando o suspeito possa fugir, imprimindo risco à integridade física.

Apresentadas essas duas formas de Balanceamento, o jurista acredita que tal concepção permite reconhecer o direito constitucional como um campo de batalha de interesses conflitantes, bem como a sua alegada capacidade de identificar e apor um valor sobre aqueles interesses. (ALEINIKOFF, 1987, p. 945).

Retornando ao estudo produzido por Porat e Cohen-Eliya, vislumbra-se a concepção de Balanceamento (comparada à Proporcionalidade), empregada no direito norte americano. Fazendo uma apresentação geral do termo “Balanceamento” (*balancing*), Porat e Cohen-Eliya (2008, p. 20) afirmam que sua utilização reportava ao

esforço interpretativo de prevenção contra um absolutismo da proteção de direitos, colocando-os em flexibilidade diante de outros interesses sociais também importantes.

Outro traço distintivo seria a sua origem no Direito Privado, fazendo do Balanceamento o centro do debate entre os juristas norte-americanos: Christopher Columbus Langdell e Oliver Wendell Holmes. Langdell reclamava uma concepção de Direito aproximada ao modelo científico, como a física e a geometria, na condição de um conhecimento rigoroso e científico.

Com efeito, o Direito deveria ser determinado, sistematizado e autônomo, características adotadas por influência formalística germânica. Aliás, por meio da exigência de sistematização coerente, surgiria a possibilidade de se obter o Direito a partir de um número limitado de princípios abstratos¹⁴. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 22).

Ao contrário desse entendimento, Holmes colocava-se contra a possibilidade de se obter os resultados jurídicos mediante operações lógicas de dedução do Direito a partir de direitos abstratos e princípios. Para Holmes, o importante era definir os melhores meios para os fins sociais, o que implicaria a necessidade de eleição da melhor regra pelo processo de Balanceamento dos interesses sociais afetados¹⁵. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 22).

De fato, o Direito acabaria envolvendo direitos concorrentes que deveriam ser delineados, considerando questões além de deduções lógicas derivadas de direitos abstratos. Ou seja, os juízes deveriam decidir pesando as vantagens sociais de suas decisões, o que envolveria, em grande parte das vezes, resolver os interesses em conflitos nos casos individuais. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 23).

Os autores, Cohen-Eliya e Porat (2008, p. 23), afirmam que o Balanceamento estaria envolvido pelo pragmatismo, requerendo que aos “[...] interesses atuais fossem identificados e balanceados para determinar a verdade”. A força dessa determinação pragmaticista encontraria ressonância no Balanceamento de interesses no Direito norte americano.

Para além do Direito Privado, o Balanceamento de interesses passou a ganhar

¹⁴ Os autores, Cohen-Eliya e Porat, citam um caso utilizado como exemplo por Langdell sobre o contrato de seguro. Dizia o autor que o contrato de seguro realizado por carta somente poderia ser considerado vigente com a manifestação, via carta, retornando a carta enviada pelo segurado. Caso contrário, o contrato não poderia ser considerado válido. Considerar outras questões não normatizadas, acabariam sendo mero balanço de conveniências que não poderiam ser consideradas pelo Direito.

¹⁵ Holmes ficou conhecido como precursor do Movimento Progressivo Anti-formalista (*The Progressive Anti-Formalist*), ao qual Roscoe Pound também teve o seu nome associado.

lugar no Direito Constitucional em dois contextos diferentes, nos quais se defendia a restrição judicial de Direitos¹⁶. (OHLWEILER, 2003, p. 438). A consequência seria reconhecer os Direitos como interesses sociais os quais deveriam ser balanceados com outros interesses. Isso pode ser visto na interpretação da Décima Quarta e da Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana, respectivamente aos períodos da *Lochner Court* e da era *McCarthy*. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 24).

Lochner Court é denominado o período de 1900-1937 em que a *Supreme Court* considerou a lei de New York, que limitava o horário de trabalho dos padeiros a 10 horas por dia e 60 horas por semana, inconstitucional diante da Primeira Emenda. Deveria preponderar, no caso, a liberdade de estipulação contratual entre as partes.

A decisão, emblemática pela oposição da *Supreme Court* sobre a tentativa do Estado intervir na economia, recebeu críticas por ser formalista. O problema constatado recaiu sobre a incoerência social da dedução formal da noção de liberdade de contratação a partir do direito de liberdade previsto na Primeira Emenda.

Assim, conseqüentemente, ficou de lado o fato dos empregados não possuírem reais condições para refutar as precárias condições de trabalho propostas. Nesse contexto, a crítica é: como eles poderiam exercer a liberdade?. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 25). Logo, conforme crítica de Holmes, a decisão teria faltado com a verificação dos interesses sociais subjacentes ao problema em discussão. Aponta Holmes, ainda, que a decisão não derivaria simplesmente de deduções formais pois expressada, no final das contas, a prevalência do liberalismo econômico sobre a necessidade de uma economia mais equitativa¹⁷.

Já no período da era MacCarthy, durante os anos 1950, a *Supreme Court* ficou conhecida por adotar uma postura mais progressista, fazendo uso, para tanto, do Balanceamento – em atenção às ideias de Holmes e também de Pound. Um caso emblemático do posicionamento da corte foi o *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494

¹⁶ Ohlweiler vai indicar que o Balanceamento seria utilizado em larga escala pela tradição norte-americana no controle de constitucionalidade, afirmando a preferência das liberdades previstas constitucionalmente diante da presunção de constitucionalidade. Esse movimento poderia ser identificado em casos como *United States v. Carolene Products Co.* 304 U. S. 144, 58 S. Ct. 778 (1938), *Thomas v. Collins* 323 US 516 (1945). Esses, entre outros casos da *Supreme Court* exemplificariam a noção de Balanceamento.

¹⁷ Para Cohen-Eliya e Porta o Balanceamento seria a metodologia necessária para que o Estado pudesse flexibilizar direitos, postulando interpretações judiciais mais restritivas conforme exigido pelas circunstâncias em vigência. Referem os autores: “The balancing methodology was also integrated into a general conception of constitutional interpretation of rights as standards rather than as categorical and absolute restrictions on governmental action. It thus supported giving the legislative a certain degree of latitude in the infringement of rights, and for a comparable measure of judicial self-restraint.” (COHEN-ELIYA; PORAT; 2008, p. 26-27).

(1951). O caso foi julgado durante o período em que o governo MacCarthy promovia a propaganda anti-comunista.

Questiona-se a proibição de promover atos de propaganda contra o governo dos Estados Unidos (*Smith Act*), e se haveria restrição ao direito à liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda, argumento posto pelos líderes do Partido Comunista. Nessa perspectiva, decidiu a corte que a restrição à liberdade de expressão contra a promoção de atos contra do governo deveria ser considerada como um claro e presente perigo. Para Cohen-Eliya e Porat (2008, p. 30-31), a leitura meramente formal da Primeira Emenda foi superada pela necessidade de balancear os interesses do governo, não sendo possível nesse caso, intervir na escolha do Congresso¹⁸.

Diante disso, os juristas entendem que existem elementos distintivos entre a Proporcionalidade e o Balanceamento, realizados, respectivamente, no direito alemão (considerando a origem prussiana) e no norte-americano. Enquanto que na tradição alemã a Proporcionalidade serviu para ampliar a proteção aos direitos individuais (ou fundamentais) frente ao Estado, no território norte-americano, serviu para limitar (*judicial self-restraint*) o alcance dos Direitos Individuais, permitindo ao governo maior âmbito de decisão contra aparente engessamento na interpretação da constituição. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 31).

Afirmam os autores, ainda, que o pós guerra teve como efeito fazer da Proporcionalidade um elemento de avaliação da intervenção quanto aos Direitos Fundamentais, constituindo-a como um princípio do Direito Constitucional Alemão. Momento em que, ao invés da perspectiva de ampliação da proteção aos Direitos na sua origem, passou a servir de justificativa para limitar os Direitos Fundamentais.

Aliás, algo semelhante também ocorreu com o Balanceamento (ponderação, Proporcionalidade) na tradição norte-americana. Nesse sentido, seria possível

¹⁸ Outros casos que seguiram a mesma lógica foram: *American Communications Ass'n v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950); *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959); *Konigsberg v. State Bar*, 366 U.S. 36 (1961); *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Bd.*, 367 U.S. 1 (1961). O impacto do uso do Balanceamento para restringir direitos foi tão significativo na tradição norte-americana que a corte Warren, pós era MacCarthy, refutou qualquer uso desse recurso. Destaque, também, pode ser feito na utilização pela Suprema Corte para decidir os casos provenientes da década de 60-70, estabelecendo limites aos poderes públicos contra violações aos Direitos Fundamentais. Zechariah Chafee Jr. teria sido um dos juristas norte americanos a propor a utilização do “método de ponderação” para decidir os conflito que envolvera a liberdade de expressão e os limites da legislação (matéria conhecida como *Free Speech in the United States*, suscitado, por exemplo, no caso *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, no qual o Balanceamento da Suprema Corte entendeu que a inquirição de uma testemunha sobre a sua vinculação ao Partido Comunista não violaria a Primeira Emenda, devendo “preponderar” o interesse público sobre o privado), necessitando do Balanceamento como forma de sopesar estes interesses contrários. (GONZÁLEZ, 2004, p. 351-382).

identificar um período progressista da *Supreme Court* em que o Balanceamento teria sido utilizado para flexibilizar a restrição judicial de direitos, promovendo o liberalismo progressista e noções de justiça substantiva em ações afirmativas, discurso do ódio e outros. (COHEN-ELIYA; PORAT, 2008, p. 34).

De maneira conclusiva, tanto a Proporcionalidade como o Balanceamento, parecem ter o seu significado alternado no tempo, havendo uma ligação estrita da sua utilização com os propósitos ou tendências das cortes envolvidas.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo mostrou como o Princípio da Proporcionalidade e o Balanceamento vem servindo de reflexo à noção de proteção aos Direitos Fundamentais. Isso pois, como se viu, desde o século XIX essas categorias vêm sendo associadas à necessidade de proteção do cidadão contra os atos legalmente válidos do Estado, mas praticados em abuso de poder.

Analisando a experiência com o Princípio da Proporcionalidade e do Balanceamento, respectivamente nas ordens jurídicas (não se ignora o fato que essas categorias também vêm sendo utilizadas em outras ordens jurídicas aqui não exploradas), nota-se a associação delas aos Direitos Fundamentais, ou disposições legais que visam proteger os direitos individuais ou de liberdade, exigindo do Estado uma postura de proteção desses direitos.

Por isso, mediante o estudo nas diferentes ordens jurídicas identificou-se a Proporcionalidade e o Balanceamento como recursos hermenêuticos comumente utilizados para conceder a efetiva proteção aos Direitos Fundamentais, mesmo contra possíveis posicionamentos legislativos. Notou-se, também, que mesmo sendo possível identificar similaridades, a aplicação dessas categorias assume as características próprias da ordem jurídica da qual é originária, indicando, portanto, quais os posicionamentos judiciais que poderiam ser concebidos como corretos.

Diante das perspectivas vistas, embora essas categorias sejam associadas à proteção dos Direitos Fundamentais, parece que resta muito a se investigar quanto ao problema da discricionariedade das decisões judiciais que se valem deles como *ratio decidendi*. Isso porque, feito este trabalho de revisão teórica, identificou-se que ambas as categorias são articuladas pelos respectivos tribunais estudados para estender ou limitar a proteção jurídica a direitos, mas, nem sempre, consignam as razões de fundo

sobre os fins que sustentam essas categorias da Proporcionalidade ou do Balanceamento.

De toda forma, é permitido concluir que essa é a principal preocupação que deve estar presente na aplicação judicial dessas categorias hermenêuticas pelos tribunais brasileiros, sobretudo como forma de deliberar corretamente acerca da devida proteção aos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **The yale law journal**, v. 96. n. 5. April 1987.

ALEXY, Robert. The Reasonableness of Law. *In*: BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara (orgs.). **Reasonableness and Law**. London: Springer, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. *In*: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. Tradução Edson Bini. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BOMHOFF, Jacco. Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing. **German law journal**. v. 09, n. 02, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. **I-Con: International Journal of Constitutional Law**. Set 2008.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GONZÁLEZ, Santiago Sánchez. De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional. **UNED**. Teoría y realidad constitucional. n. 12-13, 2004, p. 351-382.

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence.

University of toronto law journal, v. 57, n. 2, Spring 2007.

HICKMAN, T.R. The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place In The Public Sphere. **Cambridge law journal**, v. 63, n. 1, March 2004, p. 166-198.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the critics. **I-Con: International Journal of Constitutional Law**, v. 10, n. 3, 2012.

OHLWEILER, Leonel Pires. **A ponderação no regime administrativo brasileiro: contributo da fenomenologia hermenêutica**. Tese apresentada junto à UNISINOS para a obtenção do título de Doutor em Direito, São Leopoldo, 2003.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins fontes, 2003.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução Beatriz Henning e Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SWEET, Alex Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality, Judicial Review, and Global Constitutionalism. In: BONGIOVANNI, Giorgio; SARTOR, Giovanni; VALENTINI, Chiara (orgs.). **Reasonableness and law**. New York: Springer, 2009.

Recebido em 12/10/2014
Aprovado em 08/05/2015
Received in 12/10/2014
Approved in 08/05/2014