

ARQUEOLOGIA E HISTÓRIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

ARCHEOLOGY AND HISTORY OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

José Adércio Leite Sampaio¹

Resumo: O princípio da proporcionalidade é utilizado em quase todas as jurisdições constitucionais como parâmetro do controle de constitucionalidade. Fala-se até de uma “proporcionomania”, a indicar a recorrência com que os juízes se valem do princípio, às vezes, desdobrados em subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como se desenvolveu na jurisprudência constitucional alemã entre os anos 1950 e 1960. Embora essa “mania da proporcionalidade” seja objeto de crítica, a sua ideia de moderação do poder e contenção do arbítrio, estabelecida pela relação instrumental de justificação entre meios utilizados e fins perseguidos, é antiga na história da humanidade. Arrisca-se a dizer que, a partir da pesquisa “arqueológica” do princípio, a “proporcionomania” é conatural à arquetípica “procura de justiça”. Uma história de idealidade imersa nas restrições do real e de suas contingências.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade; Ideia de justiça; Moderação do poder; Parâmetro de constitucionalidade.

Abstract: The principle of proportionality is used in almost all constitutional jurisdictions as a parameter for judicial review. There is even talk of a “proportiomania”, indicating the recurrence with which the judges use the principle, sometimes divided into subprinciples of adequacy, necessity and proportionality in the strict sense, as developed in the German constitutional jurisprudence between the 1950s and 1960s. Although this “proportionality mania” is the object of criticism, its idea of moderating power and restraining agency, established by the instrumental relationship of justification between means used and pursued ends, is ancient in the history of mankind. It is ventured to say that, from the “archaeological” research of the beginning, “proportionality mania” is connatural to the archetypal “search for justice”. A history of ideality immersed in the restrictions of the real and its contingencies.

Keywords: Principle of proportionality; Idea of justice; Moderation of power; Constitutionality parameter.

Recebido em 26 de outubro de 2021

Avaliado em 12 de setembro de 2022 (AVALIADOR A)

Avaliado em 30 de outubro de 2022 (AVALIADOR B)

Aceito em 12 de dezembro de 2022

Introdução

O princípio da proporcionalidade é um dos principais parâmetros de constitucionalidade, usado pelos tribunais principalmente para aferir a legitimidade de restrições legais ou regulatórias aos direitos fundamentais. Em sua predominante aplicação, ele é desdobrado nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro analisa se, em tese, o meio escolhido pelo legislador apresenta um mínimo de potencialidade para atingir o fim legítimo

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República. <https://orcid.org/0000-0002-9452-4811>. E-mail: joseadercio.contato@gmail.com.

almejado. De regra, o meio é uma restrição a um direito fundamental e o fim perseguido, a promoção de um interesse público ou a proteção de outro direito fundamental.

O subprincípio da necessidade requer o meio escolhido seja, dentre outras alternativas disponíveis e igualmente eficazes para atingir a finalidade, o que menos restringe o direito fundamental em causa. A proporcionalidade em sentido estrito exige que quanto maior for o grau da não satisfação ou da afetação desse direito, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do fim perseguido.

A ideia central que atravessa o princípio e seus subprincípios é evitar decisões arbitrárias e promover o equilíbrio entre interesses contrapostos. Sua formulação geral, como apresentada acima, foi resultado da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha entre os anos 1950 e 1960. A elaboração doutrinal e pretoriana ao fim do Século XIX e XX costuma ser apontada como a inspiração imediata aos juízes daquele Tribunal, mas há quem busca raízes bem mais remotas.

Esse é exatamente o objetivo do presente trabalho. Pretende-se identificar os “rastros” históricos, se existirem, da ideia de proporcionalidade que, porventura, tenham levado à elaboração do princípio da proporcionalidade. A pesquisa da trajetória histórica da ideia e de seu eventual fruto exigiu revisão bibliográfica e o uso do método dedutivo.

1 O princípio da proporcionalidade e seus sentidos

Em diversos domínios do direito e em variados sistemas jurídicos, o princípio da proporcionalidade tem estado presente nos estudos acadêmicos e nos repertórios jurisprudenciais. Nem sempre, porém, em idêntico sentido. Há usos constitucionais referidos a medidas ou cálculo, números ou percentuais que estabelecem correlações entre bens, como uma espécie de critério de justiça retributiva e de limitação a decisões arbitrárias ou sem justificção, que devem ser atendidas aos destinatários das normas constitucionais. O direito de resposta, por exemplo, deve ser proporcional ao agravo à moral ou à imagem (BRASIL, 1988, art. 5º, V); o piso salarial tem de ser proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (BRASIL, 1988, art. 7º, V); o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (BRASIL, 1988, art. 7º, XXI).

A proporcionalidade pode indicar uma correlação numérica de distribuição de ônus, bônus ou receitas, a aproximar-se de uma justiça distributiva numérica. É nessa acepção que mais aparece no Direito Constitucional Financeiro (BRASIL, 1988, art. 155, § 4º, II; 159, II; 212, § 6º; 212-A, III, X, “a”). Também no Direito Constitucional Tributário, agora, associado à graduação (BRASIL, 1988, art. 145, § 1º). Como correlação numérica de distribuição está também presente no Direito Eleitoral no “sistema eleitoral proporcional” e no Direito Parlamentar, com a exigência de que o número total de Deputados Federais, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, seja proporcional à população dentro de certos limites (BRASIL, 1988, art. 45, § 1º). Assim também, na constituição

das Mesas do Congresso Nacional, de suas Casas e de Comissões, deve ser assegurada, “tanto quanto possível”, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa (BRASIL, 1988, art. 58, § 1º). É um princípio de organização que também orienta o sistema de justiça, por exemplo, ao prever-se que o número de juízes na unidade jurisdicional, à efetiva demanda judicial e à respectiva população (BRASIL, 1988, art. 92, XIII)

No direito sancionador, exige-se a correlação proporcional da culpabilidade e da pena, tanto na esfera administrativa (BRASIL, 1988, art. 71, VIII), quanto nos domínios criminais (BRASIL, 1988, art. 5º, XLVI). Nesse caso, ela se expressa mais como justiça retributiva. Um dos usos mais frequentes e que guarda um “parentesco de família” com o sentido numérico, de justiça distributiva e retributiva, e proibição de arbitrariedade, é como cânone de constitucionalidade para aferir a legitimidade das restrições legais aos direitos fundamentais (SAMPAIO, 2013). Com raríssimas exceções, como no caso suíço (SUÍÇA, 1999, art. 36, § 3º), não há previsão constitucional expressa, mas a construção pretoriana, orientada pela ideia de Estado de Direito (ALEMANHA, 1965, p. 348-349; 1968, p. 133; BONAVIDES, 1994, p. 281; FROMONT, 1997, p. 157; KOMMERS, 1997, p. 46), pela natureza ou estrutura dos direitos fundamentais (ALEXY, 1993, p. 115), pela de dignidade humana (BLECKMANN, 1994, p. 178), pela ideia de justiça (KRAUSS, 1955, p. 41; BARNÉES, 1998, p. 19), pela de proibição de arbítrio (ESPANHA, 1988, FJ 3; DOMÉNECH, 1997, p. 72-73), pela moderação de poder (SARMENTO, 2000, p. 77; BRASIL, 2019, p. 17) ou pela “penumbra” de diversas normas, em especial o devido processo legal (STUMM, 1995, p. 173) em sentido material (MENDES, 2000; BRASIL, 2008).

A literatura e prática jurisprudencial dividem o princípio em testes, máximas ou subprincípios de variadas formas. Há quem o decomponha em dois elementos apenas, a adequação entre meios e fins, e a necessidade, entendida como o meio menos restritivo ao direito sacrificado em benefício do fim perseguido (SCHLINK, 1976, p. 144). Alguns falam em quadro elementos: finalidade legítima, adequação, necessidade e proporcionalidade estrita (BARAK, 2012, p. 243 ss). Outros, em cinco juízos: de finalidade, de adequação, de necessidade, de proporcionalidade em sentido estrito e de respeito ao conteúdo essencial dos direitos restringidos (SAPAG, 2012, p. 171 ss). Chegam a seis: existência da finalidade, legitimidade do fim, adequação, necessidade e proporcionalidade dos meios e garantia do conteúdo essencial do direito restringido (TOLLER, 2012, p. 148ss, 151).

O modelo mais corrente desdobra o princípio em três elementos. O primeiro é o da adequação ou idoneidade, a exigir que a restrição ao direito seja meio, pelo menos, em tese, capaz de promover um determinado fim legítimo, escolhido pelo legislador (BRADY, 2009, p. 49). O segundo é o da necessidade, sucintamente, identificado com a escolha legislativa do meio menos restritivo ao direito fundamental e igualmente eficaz dentre aqueles que estavam à disposição (ALEXY, 1993, p. 113-114; GRIMM, 2007, p. 395). O terceiro, em sua fórmula mais simples, corresponde à “lei da ponderação”, a dizer que quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um direito, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do fim perseguido pelo legislador (ALEXY, 1993, p. 161).

A forma sequencial e subsidiária é defendida boa parte da literatura. O teste da adequação viria antes do exame da necessidade e esse, antes da proporcionalidade estrita, de modo que a aprovação no teste anterior seria condição para a análise do teste subsequente (SILVA, 2002, p. 34). Nem sempre, porém, é assim que sucede na prática. Os tribunais podem abreviar o debate, afirmando que a medida é desproporcional, sem um exame analítico dos testes ou os fazendo de modo parcial, com o conteúdo nem sempre igual. Na Suprema Corte do Canadá, a fase da proporcionalidade estrita nem costuma ser realizada expressamente ou ser feita de modo resumido, pois é antecipada na etapa da necessidade ou do “minimum impairment” (HOGG, 2007, 38-43; GRIMM 2007, p. 389-390). A situação é análoga à da Irlanda, embora aqui não haja sequer um exame mais aprofundado na etapa anterior (KENNY, 2018). Até mesmo no Tribunal Constitucional Federal alemão, não há sempre uma aplicação uniforme e sequencial (LAURENTIIS, 2015, p. 83)

O aspecto primeiramente desenvolvido e mais presente na prática constitucional do princípio é seu comando como proibição de excesso (“Übermaßverbot”). Um desdobramento recente, grandemente inspirado no trabalho seminal de Canaris (1984), identifique-o como vedação de ausência ou insuficiência de atuação do Estado (“Untermaßverbot”) em defesa ou proteção dos direitos fundamentais (DIETLEIN, 1995; SILVA, 2002, p. 27). O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (ALEMANHA, 1993) e o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011; 2018) já fizeram uso desse seu segundo aspecto, embora o tema ainda esteja imerso em polêmica (HAIN, 1993; CANAS, 2016, p. 1061-1062). Por seu uso mais frequente e pela controvérsia de sua origem, buscar-se-á identificar as fontes históricas, os sentidos de continuidade ou desvio, até chegar-se à concepção atual.

2 As raízes antigas do princípio da proporcionalidade

A clássica ideia de justiça como proporção ou equilíbrio integra a proto-história da proporcionalidade contemporânea, embora haja divergência sobre suas primeiras manifestações. Alguns autores procuram identificá-la com a ideia da justiça graduada das sanções no Codex Ešnunna da Mesopotâmia, por volta de 1920 a.C., ou, na leitura de outros, com o Código de Hammurabi (1792-1750 a.C.), que pode ter introduzido o princípio de Talião (Lex Talionis) também com a ideia de retribuição proporcional ou apenas positiva o que já era costume na época. A moderação das penas avançará para definir o próprio conceito justiça (“Pan Metron Ariston” ou “Παν μέτρον ἄριστον”) que talvez tenha inspirado Aristóteles como visto, mas também a reforma do direito penal, realizada por Drakon em 621 a.C. e o Antigo Testamento no Êxodo, Levítico e Deuteronômio (538-332 a.C), assim como ecoará em Roma, mediada pela palavra “analogia” (αναλογία), de onde adviria o termo latim “proportionalitas” (FISH, 2008, p. 58-59; DANÉLIENÉ, 2012, p. 1).

A tese mais aceita remete a origem às reflexões de Aristóteles e a associação que faz dela com reta razão, virtude, justiça e temperança (ENGLE, 2012, p. 3-4). A virtude não era, para ele, simplesmente um hábito formado de acordo com a reta razão, “mas um hábito formado que implica

a reta razão”, própria do ser humano temperante (ARISTÓTELES, 1893, L. 3, § 11, p. 40, 70; L. 6, §, p. 150). A Justiça, por sua vez, “resume todas as virtudes em si mesma” (ARISTÓTELES, 1893, L. 5, § 1, p. 104). O conceito de justiça, especialmente no sentido distributivo, está relacionado ao que é proporcional e a injustiça, com a desproporção. A relativa equidade deveria estar presente no tratamento dos diferentes indivíduos com base em critérios de diferenciação pré-estabelecidos. A proporcionalidade deveria ser aferida pelo atendimento desses critérios (ARISTÓTELES, 1893, L. 5, §§ 1 e 8, p. 108-109, 122). Enfim, a função de todo governo é assegurar o que é justo, com a temperança e proporcionalidade (ARISTÓTELES, 1893, L. 5, § 6, p. 117). A palavra de origem Iônico-Ática “epieikeia” (ἐπιεικεία) era usada para se referir às várias formas de moderação, elemento do justo e da proporção. Aristóteles a empregava mais expressamente como o prazer da atividade virtuosa (BISCARDI, 1997, p. 3).

“Epieikeia” deu origem à palavra romana “aequitas” que entre os estoicos, principalmente, em Cícero, estava ligada à “reta razão”, à proporção justa e à moderação (2021). A sua tese da autodefesa e da guerra justa era fundada na “recta ratio naturae congruens”, como último recurso para garantir ou restaurar a justiça (1841, p. 75, 123, 127). A ideia presidirá ainda sua compreensão do direito penal pela exigência de sanção proporcional ao agravo e do bom governo, misto e orientado pela temperança (ENGLE, 2012, p. 5). A interpretação pretoriana da proporcionalidade, segundo a “aequitas”, visava principalmente à restituição e correção, indo além da visão aristotélica de equilíbrio dos interesses em conflito. Ela exigia um elemento ainda mais ligado à ideia de racionalidade (ou razoabilidade) e de boa fé (bona fides). No direito dos contratos, ela se desenvolveu como exigência de boa-fé e proibição de abusos de direito. Na constituição de Diocleciano (C 4.44.2), as regras relativas ao justo preço (“iustum pretium”) foram aceitas para restituir o equilíbrio entre as partes, incorporando-se depois ao Corpus Iuris Civilis. As bizantinas dessas regras influenciaram mais tarde a adoção da proporcionalidade e sua como um princípio geral de direito privado (UCARYILMAZ, 2021).

A ideia de moderação também inspirou o Corpus Juris Civilis no sentido da distribuição proporcional da justiça, a dar a cada um o que é seu – “iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi” (Dig. I.1.10), e de guerra justa (Dig. 43.16.3.9) (JUSTINIANO, 534, p. 5, 205).

3 Traços medievais do princípio da proporcionalidade

Embora, na prática corrente, a proporcionalidade se tenha caído em desuso na Idade Média, o desenvolvimento do sistema de “common law” lhe foi trazendo de volta, tendo inspirado dois artigos da Magna Carta de 1215 como limite ou orientação ao poder sancionador (ENGLE, 2012, p. 7). Assim dizia o art. 20: “Por uma ofensa trivial, um homem livre será multado apenas em proporção ao grau de sua ofensa, e por uma ofensa grave ele deve ser punido de acordo com a gravidade da ofensa” (“Liber homo non amercietur pro parvo delicto, nisi secundum modum delicti; et pro magno delicto

amercietur secundum magnitudinem delicti...”). Os estudos jurídicos medievais, com os glosadores e pós-glosadores, retomaram a ideia privatista de reajuste do desequilíbrio contratual entre as partes como “*dolus ex re ipsa*”, o oposto à “*bona fides*” (UCARYILMAZ, 2021). O sentido político de moderação será, na prática, esquecido, embora tenha ocupado o trabalho de alguns estudiosos. Em verdade, as ideias associadas à proporcionalidade continuaram a inquietar os espíritos teóricos e teológicos (VANNES, 2013, p. 108).

Santo Tomás de Aquino, por exemplo, retomará os estudos da autodefesa proporcional, a afirmar que o uso da violência deve ser proporcional à injustiça cometida pelo inimigo, sem ser excessiva (AQUINO, 1265-1273, esp. 95/3, 96/1, p. 81-82). A tese de Aquino terá forte influência, séculos depois, no pensamento de Grotius (1625). Em verdade, a “*recta ratio*” aristotélica, desenvolvida pelos romanos como “*aequitas*”, influenciou profundamente o pensamento jurídico europeu, sob diversos títulos e expressões. Mas foi mesmo como princípio da proporcionalidade que ela mais se identificou, tanto aplicada nas relações interpessoais do direito contratual, quanto nas relações interestatais na doutrina da guerra justa e delimitação marítima; quanto ainda entre os indivíduos e o Estado, no sentido do governo moderado ou constitucional e no reconhecimento dos direitos inatos ou naturais, no início, e fundamentais ou humanos, depois (UCARYILMAZ, 2021).

4 O princípio da proporcionalidade no pensamento dos “primeiros modernos”

Em sua análise, escreverá Grotius que “os meios nunca devem ser considerados por si mesmos, mas apenas porque têm uma tendência [de realizar] para o fim proposto. Portanto, em todos os casos de deliberação, a proporção que os meios e os fins têm entre si deve ser devidamente ponderada, comparando-os entre si: um modo de comparação, em que há três regras que devem ser observadas” (GROTIUS, 1625, cap. XXIV, § V, p. 212).² Essas notas já revelam uma aproximação com o conceito que se desenvolverá após a Segunda Guerra. Quais seriam as regras para Grotius?

A finalidade legítima: “a primeira coisa a ser considerada, do ponto de vista moral, é que tendência o objeto desejado tem de produzir o bem ou o mal; e, se o primeiro tem a preponderância, temos então a liberdade de escolhê-lo”. Na dúvida sobre a legitimidade, há de escolher-se, no ajuste dos meios, o que mais promova o bem. A ideia é próxima à instrumentalidade necessária. Observe-se a terceira regra: “se o bem e o mal não têm proporção um com o outro, nem os meios, à primeira vista, aparecem adequado ao fim, se, ao perseguir um objeto, a tendência para o bem, comparada com a tendência para o mal, for maior do que o próprio mal quando comparada com o bem; ou se o bem, em comparação com o mal, for maior do que a tendência para o mal, em comparação com a tendência para

² Wherefore in all cases of deliberation, the proportion, which the means and the end bear to each other, is to be duly weighed, by comparing them together: a mode of comparison, in which there are three rules necessary to be observed.

o bem, podemos decidir a favor dele” (cap. XXIV, § V, p. 212)³. A familiaridade com a proporcionalidade estrita é notável. Essa decomposição de moderação (ou de vedação) entre o uso de meios para atingir fins legítimos foi desenvolvida a partir das primeiras ideias de Aquino (ENGLE, 2012, p. 5).

O desenvolvimento do princípio como moderação será retomado pelos iluministas. Moderação da conduta humana (ROUSSEAU, 1762, p. 269) e moderação do governo, com a defesa do governo limitado e da separação de poderes (MONTESQUIEU, 1748, L. XI, cap. V, p. 45 ss). Aos poucos o sentido político de governo moderado ganha latitude no pensamento europeu em geral e francês em particular (CRAIUTU, 2012). A liberdade dos indivíduos era regra e a sua restrição seria excepcional e prevista em lei, havendo de ser justificada pela necessidade do bem comum (BARRERA, 2009, p. 15). Toda restrição, sem fundamento, à vontade do sujeito era um degrau da tirania – “every causeless restraint of will of subject is a degree of tyranny” (BLACKSTONE, 1765, p. 38-39).

A moderação também inspirará, no direito penal, a proporcionalidade das penas ao grau de reprovabilidade da conduta criminosa (BECCARIA, 1764; JEFFERSON, 1779; BENTHAM, 1780, cap. XIV, p. 174 ss). E será positivada pelos revolucionários franceses na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires...” (A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...) (art. 8º). No direito administrativo, sua recepção mais expressiva se deu em língua alemã. Carl Gottlieb Svarez, integrante da nova escola da lei natural, seria um dos expoentes. Para ele, haveria de ser demonstrado que as vantagens sociais de prevalência de um bem comum sobre a liberdade do indivíduo superariam por uma margem ampla as desvantagens de restrição dessa liberdade. Se diferença de pesos entre elas não fosse evidente, a liberdade natural deve prevalecer (SVAREZ, 1780-1790, p. 40). Ele foi um dos principais redatores das Leis Gerais para os Estados prussianos (“Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten”), aprovadas em 1791, mas suspensas até 1794 (KUHLM, 2013, p. 22-23).

Um dos dispositivos dessas Leis estabelecia que as autoridades policiais só poderiam restringir os direitos indivíduos por meio “medidas necessárias” (die nöthigen Anstalten) para manter a ordem pública (§ 17(10), Parte II). Günther Heinrich von Berg (1765-1843), na mesma linha, afirmara que a ação da polícia não poderia ser “desproporcional”, devendo ser menos invasiva possível à liberdade natural para consecução dos objetivos da lei (WÜRTEMBERGER, 1999, p. 55, 63; MEURERS, 2020, p. 29-30). Um estudo mais elaborado seria apresentado por Robert von Mohl, não mais fundado no “direito natural”, como Svarez e, em parte, Berg, mas no “Staatrecht” (MOHL, 1844, p. 40). Para muitos, a formulação dos conceitos de “proporcionalidade objetiva” e “proporcionalidade

³ The first thing, in a moral point of view, to be considered is, what tendency the desired object has to produce good or evil; and, if the former has the preponderancy, we are then at liberty to chuse it.—In the second place, if it appears difficult to decide, whether the good or the evil predominates, we may chuse the object, if, in the choice and use of our means, we can give a turn to affairs, that may throw the preponderance into the scale of advantage—or lastly if the good and the evil bear no proportion to each other, nor the means, at the first view, appear adequate to the end, if, in pursuing an object, the tendency to good, compared with the tendency to evil be greater than the evil itself when compared with the good; or if the good, in comparison of the evil, be greater than the tendency to evil, in comparison of the tendency to good, we may decide in favour of it.

subjativa”, por Mohl, antecipara a proporcionalidade em sentido estrito e a máxima da necessidade, respectivamente (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 100).

5 Os primeiros usos práticos do princípio da proporcionalidade – o contributo prussiano e alemão

No início do século XIX, o Supremo Tribunal Administrativo da Prússia (“Preussisches Oberverwaltungsgericht”) desenvolveu um entendimento mais amplo da regra das “medidas necessárias”, prevista naquelas Leis Gerais. As medidas tinham que ser eficientes e adequadas, sob pena de serem nulas. Eficientes a produzirem o objetivo perseguido, semelhante, portanto, à idoneidade. Adequadas (ou necessárias), por estabelecerem uma “relação justa” com as consequências que poderiam produzir. Esse entendimento se foi evoluindo no sentido da vedação de excesso da atividade policial, identificando-se academicamente, ainda de modo incipiente, com o termo “Übermaß” em W. Jellinek (1913, p. 79), e “Verhältnismäßigkeit”, com O. Mayer (MAYER, 1895, p. 267), embora se aponte o seu emprego já von Berg em 1802 (CANAS, 2016, p. 73). As medidas de polícia administrativa deveriam ser estritamente necessárias à consecução de um objetivo público legítimo, um misto de idoneidade e necessidade na tripartição do princípio que seria depois consagrada (Dec. “Kreuzberg”. PrOVG 9, 353/1882) (BARAK, 2012, p. 179; IENILIEIEVA, 2013, p. 14). A ideia se tornou famosa com o aforismo de F. Fleiner: “die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen shiessen” ou “a polícia não deve matar pardais com canhões” (FLEINER, 1928, p. 404).

No direito penal, o princípio firmava-se como critério de necessidade para estabelecer a relação entre penas e o grau de reprovabilidade da conduta criminosa (RISTROPH, 2005). No direito administrativo aos poucos se foi tornando parâmetro não apenas da legitimidade do exercício do poder de política, mas também das competências discricionárias e sancionatórias em geral da Administração Pública (SAPAG, 2008, p. 170-171). Na falta de um controle judicial de constitucionalidade das leis, a jurisprudência administrativa começou a articular a proporcionalidade como medida de efetivação dos direitos contra o Executivo. Na década de 1920, o “Reichsgericht” (Supremo Tribunal Federal) se autoproclamou guardião dos direitos fundamentais, principalmente do direito de propriedade, em face do legislador. O advento do Terceiro Reich interrompeu esse processo. A proporcionalidade e o controle judicial de legalidade administrativa e de constitucionalidade das leis foram esquecidos (STOLLEIS, 1998, p. 134). Talvez o único emprego da ideia de proporcionalidade com direitos se tenha dado, na Europa, na Suprema Corte suíça, assim mesmo em “obiter dictum”. Afirmou-se que os regulamentos de saúde pública criavam restrições excessivas à liberdade de comércio e fabricação garantida constitucionalmente ([BGE] I 222/1926; SWEET; MATHEWS, 2008, p. 103).

6 A ideia sem nome: a doutrina do “excès de pouvoir”

Até hoje, a jurisprudência administrativa francesa não faz uso expresso do princípio da proporcionalidade. Todavia, desde o final do século XIX, o Conselho de Estado passou a fazer uso de sua ideia, inicialmente, como limitação ao poder de polícia. O parâmetro inicialmente utilizado foi o desvio ou abuso de poder ou finalidade (“détournement de pouvoir”). A autoridade administrativa deve exercer a sua competência para promover o fim para a qual lhe fora confiada. Se visar a um fim diverso, pessoal (FRANÇA, 1875a e b) ou mesmo que público ou geral (arrêt Bellescize, CE 1927; MEJAN, 1961), ocorre desvio de poder ou de finalidade.

O desvio de finalidade é espécie do “excesso de poder”, ao lado do “erro na qualificação jurídica dos fatos” e do “erro de fato”, para controle interno da legalidade do ato administrativo. O juiz administrativo pode examinar a qualificação jurídica atribuída pelo administrador aos fatos (FRANÇA, 1914), bem como a sua materialidade e exatidão para fundamentar sua decisão ou ato. Se houver erro de qualificação jurídica ou um juízo equivocado sobre tais fatos, deve ser decretada a anulação do ato (FRANÇA 1916). Num salto ainda maior, o Conselho passou a exigir que a decisão ou ato administrativos deveriam buscar sempre o equilíbrio “razoável” ou “adequado” entre as medidas tomadas, com base na lei, para manutenção da ordem e o respeito à liberdade, no caso, de reunião (FRANÇA, 1933). Certo é que o Conselho de Estado passou a adotar, como fiscalização de legalidade interna, um controle instrumental do meio “estritamente necessário” ou “proporcional” ao interesse público perseguido, embora não se recorresse expressamente ao princípio da proporcionalidade como em outros países europeus (FROMONT, 1995, p. 158).

A doutrina do excesso de poder seria, portanto, uma expressão da proporcionalidade, pela exigência de relação razoável ou racional entre a medida administrativa e a finalidade da norma ou competência (ÇALIŞKAN, 2004). No mínimo, haveria entre as duas uma grande similaridade e espaço comum de incidência (BELLEY, 1997, p. 260). Com o evoluir da doutrina ao longo do século, o controle implícito da proporcionalidade expandiu-se à doutrina do “erro manifesto de avaliação” e à “teoria do balanço” ou do “equilíbrio-custo-benefício”, em que são ponderadas as vantagens e desvantagens de uma medida administrativa, destinada à promoção do interesse geral (LEMASURIER, 1974). O repertório do excesso de poder, do desvio de finalidade, do erro de fato ou de sua qualificação jurídica e da doutrina do erro manifesto de avaliação, reafirmou, na primeira metade do século XX, a ideia de instrumentalidade entre meios e fins, ínsita ao modelo alemão da proporcionalidade (BRAIBANT, 1974, p. 298-299).

7 A constitucionalização do princípio da proporcionalidade – do rascunho à conformação

Embora os estudos apontem quase sempre para a Alemanha como o país que primeiro tratou da constitucionalização do princípio da proporcionalidade, seu emprego, pelo menos como ideia ou conceito, pode ser encontrado nos Estados Unidos. Lá ele aparece como limite do poder punitivo já estava presente na Oitava Emenda da Constituição dos Estados Unidos com a vedação de punição cruel e incomum. A Suprema Corte daquele país entendeu que, com base naquela Emenda, a condenação de um criminoso não podia ser excessiva, mas proporcional sempre à gravidade do delito cometido (ESTADOS UNIDOS 1910). A admissão da proporcionalidade como princípio constitucional mais amplo só veio, porém, mesmo, na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial. Associada ao Estado de Direito, o princípio evoluiu da proibição de desproporcionalidade (“Übermaßverbot”) para uma obrigação de proporcionalidade (“Verhältnismäßigkeit”), da vedação da ação estatal excessiva à exigência da ação estatal proporcional, muito próximo do que hoje se chama de “necessidade” (ENGLE, 2012, p. 6; GUILMAN, 2015, p. 110). Contribuiu decisivamente a elaboração doutrinal autores como Krauss (1953) e Lerche (1961). De acordo com Krauss, o princípio da proporcionalidade, inspirado pela ideia de razoabilidade e bom senso, teria status constitucional e serviria de parâmetro de controle de legitimidade da ação do Estado em todas as áreas, notadamente, quando estivesse em jogo um direito fundamental (KRAUSS, 1955, p. 16).

O princípio conteria três testes: o de aptidão, o de necessidade e o de proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro se prestaria a identificar se o meio escolhido pelo Estado era apto a realizar o objetivo estatal pretendido. O segundo se destinava a saber se o meio escolhido era o menos restritivo ao direito fundamental envolvido. O último deveria aquilatar a relevância entre o interesse público e o direito fundamental restringido, para definir se a restrição se justificava e era, portanto, constitucional (KRAUSS, 1955, p. 14-15, 25-26).

Há quem veja ainda nesse trabalho uma confusão entre o segundo e o último teste. “Verhältnismäßigkeit” era mais referida à necessidade com o sentido clássico de necessidade (CANAS, 2016, p. 76). Lerche, embora se tenha firmado na ideia de que a proibição de excesso (“Übermaßverbot”) era, ao mesmo, de semelhante raiz, mas um modelo concorrente à proporcionalidade (“Verhältnismäßigkeit”) no exame da legitimidade da intervenção estatal, reduziu o número de testes a dois, associando o teste de necessidade (dos meios menos restritivos) ao da proporcionalidade em sentido estrito e desconsiderando a adequação. A necessidade sozinha estaria fadada a dar guarida a intervenções que se destinassem a fins suficientes amplos (LERCHE, 1961, p. 20). A jurisprudência também trouxe seu contributo. Coube ao Tribunal Constitucional da Baviera o primeiro uso da proporcionalidade, em conexão com o artigo 98(2) da Constituição daquele “Land”, que exigia do legislador para restrição de direitos a presença de uma necessidade urgente para promover a segurança, a moral, a saúde e bem-estar do público. O legislador que restrinja um

direito deve escolher um meio idôneo à realização daqueles interesses e menos restritivo possível aos direitos (VerfGHE Baviera 1, 63 (76, 78) /1949; 9, 158 (177)/1956; SWEET; MATHEWS, 2008, p. 107). O Tribunal Constitucional Federal também se valeu do princípio para declarar a constitucionalidade de uma lei eleitoral que escolhera um meio adequado para promover o objetivo legítimo perseguido sem ultrapassar a fronteira traçada pelo princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins (ALEMANHA, 1954, p. 399). No caso Lüth, a ideia de “ponderação de interesses” (Güterabwägung) é aplicada para reconhecer que a liberdade de expressão de Erich Lüth, exercida para defender o boicote aos filmes de Veit Harlan, que realizara diversos filmes a favor do nazismo e contra os judeus, sobrepunha-se à liberdade artística e aos interesses econômicos do diretor e produtor do filme (ALEMANHA, 1958a, p. 210-211)⁴.

No “Apothekenurteil”, o Tribunal distinguiu o teste da necessidade da proporcionalidade estrita pela primeira vez. A discussão girava em torno dos requisitos exigidos para autorização da abertura de novas farmácias, dentre eles a necessidade da população de abastecimento de remédios e não impactar economicamente as farmácias já instaladas na vizinhança. Na análise do caso, o Tribunal desenvolveu a teoria dos níveis (“Stufentheorie”) de intervenção legislativa na liberdade de profissão, baseada na distinção entre “escolha da profissão”, relacionada à autodeterminação individual, que deve permanecer, na medida do possível, menos afetada pela interferência das autoridades públicas; e o “exercício da profissão”, em que se legitima maior interferência, pois o indivíduo intervém diretamente na vida social, podendo prejudicar terceiros (ALEMANHA, 1968, p. 403). No primeiro nível ou etapa, deve-se verificar se a restrição legislativa à liberdade de exercício profissional é meio adequado para promover um interesse público legítimo. É avaliado se os requisitos subjetivos impostos para o acesso à profissão, como o nível de formação ou a aprovação em um exame específico, são capazes de promover aquele interesse. O princípio da proporcionalidade aplica-se aqui no sentido de que os requisitos subjetivos não devem ser desproporcionais ao objetivo pretendido, no caso, de desempenho adequado da atividade profissional (ALEMANHA, 1968, p. 407).

O exame do nível seguinte se faz sobre os requisitos objetivos e, portanto, independentes da capacidade ou querer individuais, como a limitação do número de pessoas que podem exercer determinadas profissões ou a que decorra da situação social ou econômica envolvida, exigindo-se que o interesse público seja particularmente importante (“besonders wichtiger (‘überragender’) Gemeinschaftsgüter”) ou um “bem comum excepcional” (“überragendes Gemeinschaftsgut”) para justificar a restrição à liberdade (ALEMANHA, 1958b, p. 405, 406). A restrição a um direito ou, no caso concreto, a interferência na liberdade de escolha de profissão deve revelar-se inevitáveis e a menos

⁴ É necessário, portanto, “pesar os interesses”: o direito de exprimir a própria opinião deve renunciar se os interesses de outrem de posição superior e merecedora de proteção forem violados pelo exercício da liberdade de expressão. A existência ou não de tal predominante de terceiros deve ser determinada com base em todas as circunstâncias do caso (Es wird deshalb eine “Güterabwägung” erforderlich: Das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden. Ob solche überwiegenden Interessen anderer vorliegen, ist auf Grund aller Umstände des Falles zu ermitteln) (ALEMANHA, 1958a, p. 210-211).

invasivas possível, dentre as alternativas disponíveis e igualmente eficazes à realização do interesse ou bem comum. A proporcionalidade exige que a finalidade prosseguida pelo legislador produza a restrição estritamente necessária ao seu atingimento. Haveria atentado à proporcionalidade se, por exemplo, o legislador previsse requisitos subjetivos para o acesso à profissão, quando o objetivo buscado pudesse ser realizado com o estabelecimento de condições para o exercício da profissão. Seriam, ademais, desproporcionais os “requisitos legais excessivamente onerosos e irracionais” (“übermäßig belastender und nicht zumutbarer gesetzlicher Auflagen”) (ALEMANHA, 1958b, p. 406).

O conteúdo da lei e as considerações, análises e juízos realizados pelo legislador, que foram determinantes para formar a sua convicção, devem ser analisados em pormenor pela Corte. O escrutínio judicial dos bens concorrentes deve ser cuidadoso, podendo os juízes se valer da ajuda de especialistas, de modo a obterem um “conhecimento o mais abrangente possível sobre as condições de vida disciplinadas pela lei” (“sich einen möglichst umfassenden Einblick in die durch das Gesetz zu ordnenden Lebensverhältnisse verschafft”) (ALEMANHA, 1958b, p. 412). A Corte deve analisar se o legislador, após uma consideração criteriosa e devidamente justificada, deu prioridade ao interesse ou bem público sobre o direito à liberdade do indivíduo (ALEMANHA, 1958b, p. 405). Essa justificação há de mostrar que um interesse ou bem comum relevante esteja em perigo, podendo a disciplina legal preveni-lo; bem como que a restrição ao direito era imprescindível para protegê-los (ALEMANHA, 1958b, p. 409).

É certo que já havia, pelo menos desde “Apothekenurteil”, o delineamento de seus três testes ou subprincípios como reiterado no caso “Hirnkammerluftfüllung”: “no processo penal, o princípio da proporcionalidade exige, antes de mais, que a medida seja indispensável, que seja proporcional à gravidade da infração e que a força da suspeita existente a justifique” (ALEMANHA, 1963a, p. 117)⁵. A distinção, todavia, não era muito precisa. No debate sobre a lei do divórcio (“Ehescheidungsakten”), ela já parecia mais nítida: “O princípio da proporcionalidade exige - além da ponderação geral (...) entre a proteção da privacidade e o interesse público - que a medida seja adequada e necessária para atingir o fim pretendido e que a intensidade da interferência envolvida não seja desproporcionada”⁶ (ALEMANHA, 1970, p. 352).

O princípio da proporcionalidade era, enfim, concebido nos três “subprincípios”, “máximas” ou “testes”, o da adequação (“Geeignetheit”), o da necessidade (“Erforderlichkeit”) e o da proporcionalidade em sentido estrito (“Abwägung”, “Verhältnismäßig im engeren Sinn”). Há um entroncamento entre o conceito de proporcionalidade extraído da elaboração teoria e jurisprudencial do direito administrativo prussiano e a ponderação de interesses, herdeira da Jurisprudência dos

⁵ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert im Strafverfahren vor allem, daß die Maßnahme unerlässlich ist, daß sie in angemessener Relation zur Schwere der Tat steht und daß die Stärke des bestehenden Tatverdachts sie rechtfertigt.

⁶ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt - neben der bereits erwähnten generellen Abwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre und dem öffentlichen Interesse -, daß die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeignet und erforderlich ist und daß der mit ihr verbundene Eingriff seiner Intensität nach nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts steht.

Interesses e da Jurisprudência dos Valores em consórcio com as teses smendianas de integração constitucional (BOMHOFF, 2013, p. 116). No evoluir da jurisprudência, afirmou que o princípio da tinha status constitucional (ALEMANHA, 1965, p. 348-349), aplicável sempre que um direito fundamental fosse restringido (ALEMANHA, 1963b, p. 201) contra todos os agentes do Estado e não apenas ao legislador (ALEMANHA, 1968, p. 133). A proporcionalidade [como a proibição de excessos] seriam “regras orientadoras globais para todas as ações do Estado” (“die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes, die sich als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns” (ALEMANHA, 1968, p. 133).

O princípio passou a ser usado como “critério” para aferir a legitimidade da intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais. Proporcional é a intervenção que não é excessiva, eis por que, no âmbito dos direitos fundamentais, a “proibição de excessos” (“Übermaßverbotes”) é quase sempre usada como sinônimo do “princípio da proporcionalidade” (MANSSEN, 2018, p. 60; KINGREEN; POSCHER, 2020, p. 99). Seu uso como parâmetro de constitucionalidade se expandiu a outros domínios, onde se instalar um conflito entre normas constitucionais (SCHLINK, 2011; STEINBACH, 2021). Um segundo “aspecto”, “dimensão” ou “desdobramento” do princípio da proporcionalidade passou a ser usado, ao lado da “vedação de excesso” (e às vezes a ele contraposto): a proibição de proteção deficiente ou defeituosa (“Untermaßverbot”) de um direito fundamental (ISENSEE, 1992; HAIN, 1996). O Estado teve adotar as medidas normativas e práticas suficientes para a conferir-lhe proteção adequada, tanto de caráter preventivo, quanto de caráter repressivo (ALEMANHA, 1993, p. 254). Haverá desproporcionalidade se a atuação do Estado for excessiva para restringir um direito ou deficiente para efetivá-lo (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 131; SINGER, 2020).

A construção alemã da proporcionalidade inspirou diversos sistemas constitucionais. Tribunais Constitucionais e Supremas Cortes de diversos países passaram a adotá-la como parâmetro de constitucionalidade. Na África, na Ásia, na América Latina e do Norte, Europa e Oceania (SWEET; MATHEWS, 2008; ALON-SHENKER; DAVIDOV, 2013; JACKSON, 2014). No Brasil, o Supremo Tribunal Federal fez uso da ideia de relação instrumental entre meios ajustados aos fins com o uso da doutrina do desvio de finalidade (“détournement de pouvoir”) desde pelo menos a década de 1940 e 1950 (BRASIL, 1943; 1951). Em 1984, o princípio da proporcionalidade, ao estilo alemão, foi referido expressamente pelo Ministro Moreira Alves (BRASIL, 1984, p. 2255). A jurisprudência após a promulgação da Constituição de 1988 se foi afeiçoando ao princípio, sendo raras as decisões do STF que não façam a ele menção, de forma genérica ou por seus três elementos constitutivos, na resolução de conflitos constitucionais (BRASIL, 1993; 2003; 2012; 2019). A expansão do emprego do princípio da proporcionalidade tem levado autores a falar de uma “gramática comum” (KLATT; MEISTER, 2012, p. 1), uma “língua franca” (SINGER, 2010, p 217) ou mesmo de um “parâmetro universal” de constitucionalidade das leis (BEATTY, 2004, p. 162).

Considerações finais

As raízes do princípio da proporcionalidade podem ser encontradas na Antiguidade como ideia de moderação ou justiça das penas. Pelo menos desde Aristóteles, a moderação se associou à exigência de racionalidade do direito, de justiça distributivo e de prudência do governo. Embora a palavra latina “proportionalitas” venha do grego “” e não diretamente de “epieikeia”, que deu origem a “aequitas”, as ideias delas se irmanam e serão ampliadas nas discussões dos estoicos e nas construções medievais e, especialmente, modernas de governo limitado.

O nascimento do Estado constitucional ligará a expressão ainda à necessidade e excepcionalidade da intervenção estatal, sobretudo o seu poder de política, no âmbito das liberdades dos indivíduos. O maior desenvolvimento dessa ligação se deu na Prússia, especialmente no fim do século XIX e início do século XX. Uma ideia similar se desenvolveu no direito administrativo francês com o parâmetro do desvio ou abuso de poder ou finalidade (“détournement de pouvoir”). Diversas teorias jurídicas de crítica ao formalismo excessivo do direito também contribuíram para o avançar do conceito. A Escola da Livre Investigação Científica (“libre recherche scientifique”), a Escola do Direito Livre na Alemanha (“Freirechtsschule”), a “Jurisprudência dos Interesses” (“Interessenjurisprudenz”), a “Jurisprudência dos Valores” ou “de Valoração”, o “Realismo Jurídico”, a doutrina da Constituição, voltada para um direito material unitário de integração sociológica e crítico ao sistema representativo.

A constitucionalização do princípio, embora tenha um contributo estadunidense como limite do poder punitivo sob a Oitava Emenda da Constituição dos Estados Unidos. Mas foi na Alemanha que mais ganhou refinamento, inicialmente, no Tribunal Constitucional da Baviera entre 1949 e 1956, depois com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha nos anos 1950 e 1960. Associado ora ao Estado de Direito, ora aos Direitos Fundamentais, o princípio evoluiu da proibição de desproporcionalidade (“Übermaßverbot”) para uma obrigação de proporcionalidade (“Verhältnismäßigkeit”), da vedação da ação estatal excessiva à exigência da ação estatal proporcional e da vedação de ação estatal deficiente ou defeituosa no âmbito de proteção dos direitos fundamentais (“Untermaßverbot”).

A construção alemã da proporcionalidade inspirou diversos sistemas constitucionais ao redor do mundo, da Europa, à Ásia, África, Oceania e Américas, sendo empregada como cânone de constitucionalidade pelos tribunais constitucionais e supremas cortes. O Supremo Tribunal Federal do Brasil faz a ela referência expressa, pelo menos, desde os anos 1980. Embora objeto de diversas críticas, o princípio da proporcionalidade se tornou um critério interpretativo e parâmetro universal de constitucionalidade das leis.

Referências

- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 7, 198 (Lüth)**, julgamento 15/01/1958a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 7, 377 (Apotheken-Urteil)**, julgamento 11/6/1958b. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv007377.html>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 16, 194 (Liquorentnahme)**, de 10/06/1963a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv016194.html>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 19, 342 (Wencker)**, de 15/12/1965. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv019342.html>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 23, 127 (Zeugen Jehovas)**, de 05/03/1968. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv023127.html>. Acesso em: 11 mar. 2021.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE 27, 344 (Ehescheidungsakten)**, de 15/01/1970. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv027344.html>. Acesso em: 12 mar. 2021.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **BVerfGE, 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch II)**, de 28/15/1993. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALON-SHENKER, Pnina; DAVIDOV, Guy. Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts. **McGill Law Journal/Revue de droit de McGill**, v. 59, n. 2, p. 375-423, 2013.
- AMOUSSOU, Vigny L. **L'Ordre public sanitaire en Afrique Francophone**. Thésis. Bordeaux: Université de Bordeaux, 2017. Disponível em: file:///Users/joseadercio/Downloads/AMOUSOU_VIGNY_LANDRY_2017.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.
- AQUINO, Thomas de. **The Treatise on Law** (Summa Theologiae, I-II; Qq. 90-97). [s.l.]: University of Notre Dame Press, 1265-1273 [1965].
- ARISTÓTELES. **The Nichomachean Ethics of Aristotle**. Trad. F.H. Peters, M.A. 5th ed. London: Kegan Paul, Trench, Truebner & Co., 1893.
- BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARRERA, Guillaume. **Les Lois du monde: Enquête sur le dessein politique de Montesquieu**. Paris: Gallimard, 2009.

BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BECCARIA, Cesare **Dei delitti e delle pene**. Milano: Presso L'Editore Luigi Cioffi, 1854.

BELLEY, Nathalie. L'émergence d'un principe de proportionnalité. **Les Cahiers de droit**, v. 38, n. 2, p. 245–313, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.7202/043442ar>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. London: T. Payne and Sons, 1780[1789]. Disponível em: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/BenthamJeremyMoralsandLegislation1789.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BISCARDI, Arnaldo. On Aequitas and Epieikeia. In RABELLO, Alfredo M. (ed). **Aequitas and equity: equity in civil law and mixed jurisdictions**. Jerusalem: The Hebrew University of Jerusalem, p. 1-12, 1997.

BLACKSTONE, William. Commentaries on the laws of England. St. Paul: West Publishing, 1765 [1897].

BLECKMANN, Albert. Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzip. **JuS**, p. 177-183, 1994.

BOMHOFF, Jacco. Lüth's 50th Anniversary: Some Comparative Observations on the German Foundations of Judicial Balancing. **German Law Journal**, v. 9, n. 2, p. 121-124, 2008.

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e da proteção dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais**, v. 34, p. 275-291, 1994.

BRADY, Alan David P. **A Structural, Institutionally Sensitive Model of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998**. Thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London: The London School of Economics and Political Science, 2009. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/4187695.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRAIBANT, Guy. Le Principe de Proportionnalité. In: **Mélanges Marcel Waline. Le juge et le droit public**, Tome II. Paris: LGDJ, p. 297-306, 1974.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: <w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 10923. Rel. Min. Philadelpho Azevedo, julgado em 03/05/1943. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/colac14866/false>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. T. **RE 18.331/SP**. Rel. Min. Orozimbo Nonato, j. 21/09/1951. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=119904>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Rp 1054/DF**. Rel. Min. Néri da Silveria, j. 04/04/1984. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263829>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI-MC 855/DF**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/07/1993c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346649>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **IF 2915/SP**. Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 03/02/2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81455>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 4.578/DF. Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/02/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Pleno. **ADI 3145/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, j. 03/10/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751246602>. Acesso em: 22 abr. 2021.

ÇALIŞKAN, A. Ziya. Le Juge Administratif Français et le Principe de Proportionnalité. **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, v. 12, n. 1-2, p. 203-211, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. **Archiv für die civilistische Praxis**, v. 184, n. 1-6, p. 201-246, 1984.

CANAS, Vitalino José F. **O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos**. Tese. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CICERO, Marcus T. The Treatise on the Republic. In: **The Political Works of Marcus Tullius Cicero**. Trad. Francis Barham, with Dissertations and Notes in Two Volumes. Vol. 1. London: Edmund Spettigue, 1841. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/546/Cicero_0044-01_EBk_v6.0.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

CRAIUTU, Aurelian. **A Virtue for Courageous Minds: Moderation in French Political Thought, 1748-1830**. Princeton: Princeton University Press, 2012.

DANĖLIENĖ, Ingrida. The Principle of Proportionality in Administrative Law. Dissert. Vilnius: Council for Legal Science of Vilnius University, 2012.

DIETLEIN, Johannes. Das Untermaßverbot: Bestandaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur. **Zeitschrift für Gesetzgebung**, v. 9, p. 130-141, 1995.

DOMÉNECH, Isabel P. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. **Jueces para la Democracia**, n. 28, p. 69-75, 1997.

ENGLE, Eric. The history of the general principle of proportionality: An overview. **Dartmouth Law Journal**, v. 10, p. 1-11, 2012.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Sentencia 6/1988**. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/947>. Acesso em: 20 abr. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Weems v. United States**, 217 U.S. 349 (1910). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/217/349/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

FISH, Morris J. An eye for an eye: Proportionality as a moral principle of punishment. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 1, p. 57-71, 2008.

FRANÇA. Conselho de Estado. **Arrêt Benjamin**, 19/05/1933. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-mai-1933-benjamin>. Acesso em: 12 maio. 2021;

FRANÇA. Conselho de Estado. **Arrêt Camino**, 14/01/1916. Disponível em: <https://www.doctrine.fr/d/CE/1916/CETATEXT000007634736>. Acesso em: 22 abr. 2021.

FRANÇA. Conselho de Estado. **Arrêt Gomel**, 04/04/1914. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-4-avril-1914-gomel>. Acesso em: 23 abr. 2021.

FRANÇA. Conselho de Estado. **Arrêt Laumonier-Carriol**, 26/11/26/11/1875b. Disponível em: <https://xjuayzjvcarq6dg5pw2ftyhbbq-acenmqlaqxnvxuq-legifrance-gouv-fr.translate.google.com/ceta/id/CETATEXT000007633030/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

FRANÇA. Conselho de Estado. **Arrêt Pariset**, 26/11/1875a. Disponível em: <https://xjuayzjvcarq6dg5pw2ftyhbbq-acenmqlaqxnvxuq-legifrance-gouv-fr.translate.google.com/ceta/id/CETATEXT000007633030/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

FROMONT, Michel. Le principe de proportionnalité. **L'Actualité Juridique: Droit Administratif (A.J.D.A.)**, n. spécial, p. 156-166, 1995.

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **The University of Toronto Law Journal**, v. 57, n. 2, p. 383-397, 2007.

GROTIUS, Hugo. **The Rights of War and Peace, including the Law of Nature and of Nations**. Trad. A.C. Campbell, 1625 [1902]. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/553/90737/2052898>. Acesso em: 20 abr. 2021.

HAIN, Karl-Eberhard. Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermaßverbot. **Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)** n. 108, p. 982-984, 1993.

HAIN, Karl-Eberhard. Das Untermaßverbot in der Kontroverse: eine Antwort auf Dietlein. **Zeitschrift für Gesetzgebung**, v. 11, p. 75-84, 1996.

HECK, Philipp. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. **Archiv für die civilistische Praxis**, v. 112, n. H. 1, p. 1-318, 1914.

HOGG, Peter. **Constitutional Law of Canada**. 5th ed. Toronto: Carswell, 2007.

IENILIEIEVA, A. E. Basic Approaches to the History of the Principle of Proportionality. **Scientific notes of the Tavrishesky National University after V. I. Vernadsky Series Legal Sciences**, v. 26(65), n. 2-1, p. 10-16, 2013.

ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. *In*: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF Paul (Hrsg). **Handbuch des Staatsrechts: Band V: Allgemeine Grundrechtslehren**. Heidelberg: C. F. Müller, p. 143-241, 1992.

JACKSON, Vicki C. Constitutional law in an age of proportionality. **Yale Law Journal**, v. 124, p. 3094-3196, 2014.

JEFFERSON, Thomas A. **A Bill for Proportioning Crimes and Punishments in Cases Heretofore Capital**, 18/06/1779. Founders online. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-02-02-0132-0004-0064>. Acesso em: 20 mar. 2021.

JUSTINIANO. **The Digest**. Trad. Charles H. Monro. Vol. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 534[1904].

KENNY, David. Proportionality and the Inevitability of the Local: A Comparative Localist Analysis of Canada and Ireland. **The American Journal of Comparative Law**, v. 66, n. 3, p. 537-578, 2018.

KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. **Grundrechte. Staatsrecht II**. 36. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2020.

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

KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2nd ed. Durham: Duke University Press, 1997.

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

KUHLIM, Milan. Power and Law in Enlightened Absolutism – Carl Gottlieb Svarez’ Theoretical and Practical Approach. **Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History**, v. 21, p. 16-30, 2013.

LAURENTIIS, Lucas C. **A proporcionalidade no direito constitucional: Oirgem, modelos e reconstrução dogmática**. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2015.

LEMASURIER, Jeanne. Vers un Nouveau Principe Général du Droit? Le Principe “Bilan-Coût-Avantages”. *In*: **Mélanges Marcel Waline. Le juge et le droit public**, Tome II. Paris: LGDJ, p. 551-562, 1974

LERCHE, Peter. **Übermass und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit**. Köln: Heymann, 1961.

MANSEN, Gerrit. **Staatsrecht II. Grundrechte**. 15^a Auflage. München: C.H. Beck, 2018.

MAYER, Otto von. **Deutsches Verwaltungsrecht**. Band I. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895.

MEJAN, François. La réglementation de la circulation des véhicules sur les voies publiques urbaines. **La Revue administrative**, v. 14, n. 83, p. 498-507, 1961.

MENDES, Gilmar F. Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

MEURERS, David. **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Vergaberecht**. Baden-Baden: Nomos, 2020.

MOHL, Robert von. **Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates**. Band III. Tübingen: H. Laupp, 1844.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **De L'Eprit des Lois**. T 2. Paris: Pierre Didot & Firmin Didot, 1748 [1803].

RISTROPH, Alice. Proportionality as a principle of limited government. **Duke Law Journal**, v. 55, p. 263-331, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Émile ou Education**. Paris: Librairie garnier frères, 1762 [1924].

SAMPAIO, José Adércio L. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAPAG, Mariano. Interpretación constitucional y control de razonabilidad. Elementos para la comprensión general y aplicación práctica del principio de razonabilidad. *In*: CIANCIARDO, Juan (ed.). **Constitución, Neoconstitucionalismo y derechos**. México: Porrúa, p. 171-206, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

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

SCHLINK, Bernhard. Proportionality in constitutional law: why everywhere but here. **Duke Journal of Comparative & Int'l Law**, v. 22, p. 291-302, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002.

SINGER, Reinhard. Grundrechte im Privatrecht: Eingriffsverbote, Schutzgebote und Teilhaberechte. *In*: BACHMANN, Gregor; GRUNDMANN, Stefan; MENGEL, Anja; KROLOP, Kaspar (Hrsg.). **Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020**. Berlin; Boston: De Gruyter, p. 139-154, 2020.

SINGER, Richard G. Proportionate Thoughts About Proportionality. **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 8, n. 2, p. 217-250, 2010.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1928 [1985].

STOLLEIS, Michael. **The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany**. Trad. Thomas Dunlap (Apple Books). London; Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

SVAREZ, Carl G. Allgemeines Staatsrecht. *In*: SVAREZ, Carl G. **Vorträge über Recht und Staat** (Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen). Hrsg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer. Cologne: Westdeutscher Verlag, p. 3-140, 1780-1790? [1960].

SWEET, Alec S.; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, p. 72-164, 2008.

TOLLER, Fernand. Los derechos in concert. *In*: CIANCIARDO, Juan (ed.). **Constitución, Neo-constitucionalismo y derechos**. México: Porrúa, p. 111-155, 2012.

UCARYILMAZ, Talya. The Principle of Proportionality in Modern Ius Gentium. **Utrecht Journal of Int'l & European Law**, v. 36, p. 14, 2021.

VANNES, Viviane. **Le droit de grève: Principe de proportionnalité, droit international, européen et national**. Bruxelles: Larcier, 2013.

WÜRTEMBERGER, Thomas. Der Schutz vom Eigentum und Freiheit im ausgehenden 18. Jahrhundert. *In*: GOSE, Walter; WÜRTEMBERGER, Thomas (Hrsg.). **Zur Ideen- Und Rezeptionsgeschichte Des Preussischen Allgemeinen Landrechts**: Trierer Symposium Zum 250. Geburtstag Von Carl Gottlieb Svarez. Stuttgart: Frommann-Holzboog Verlag, p. 53-73, 1999.

