

STJ00114009

JUAN CIANCIARDO

TRADUÇÃO

FREDERICO BONALDO

O PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE

ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E A FILOSOFIA DO DIREITO

Londrina/PR
2021


THOTH
E D I T O R A

**Dados Internacionais de Catalogação na
Publicação (CIP)**



© Direitos de Publicação Editora Thoth.
Londrina/PR.
www.editorathoth.com.br
contato@editorathoth.com.br

Cienciardo, Juan

O princípio de proporcionalidade:
Entre o Direito constitucional e a
Filosofia do Direito. – Londrina, PR:
Thoth, 2021.

161 p.

Bibliografias: 139-154

ISBN 978-65-5959-161-9

1. Direito constitucional. 2. Filosofia do
Direito. 3. Direitos Humanos. 4. Direitos
Fundamentais. I. Título.

CDD 341.2

Diagramação e Capa: Editora Thoth

Revisão: Frederico Bonaldo

Tradução: Frederico Bonaldo

Editor chefe: Bruno Fuga

Coordenador de Produção Editorial: Thiago
Caversan Antunes

Diretor de Operações de Conteúdo: Arthur
Bezerra de Souza Júnior

Índices para catálogo sistemático

1. Direito Constitucional : 341.2

Conselho Editorial (Gestão 2021)

Prof. Me. Anderson de Azevedo • Me. Aniele
Pissinati • Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior
• Prof. Me. Alberto Shinji Higa • Prof. Dr. Arthur
Bezerra de Souza Junior • Prof. Dr. Bruno Augusto
Sampaio Fuga • Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart
Junior • Prof. Me. Daniel Colnago Rodrigues • Prof.
Dr. Fábio Ricardo R. Brasilino • Prof. Dr. Flávio
Tartuce • Me. Gabriela Amorim Paviani • Prof. Dr.
Guilherme Würsch • Prof. Me. Ivan Martins Tristão
• Prof. Me. Júlio Alves Caixêta Júnior • Prof. Esp.
Marcelo Pichioli da Silveira • Prof. Dra. Marcia
Cristina Xavier de Souza • Esp. Rafaela Ghacham
Desiderato • Prof. Dr. Rita de Cássia R. Tarifa
Espolador • Prof. Dr. Thiago Caversan Antunes •
Prof. Dr. Zulmar Fachin

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra
sem autorização. A violação dos Direitos Autorais é
crime estabelecido na Lei n. 9.610/98.

Todos os direitos desta edição são reservados
pela Editora Thoth. A Editora Thoth não se
responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por
seus autores.

SUMÁRIO

AUTOR	7
NOTA DE ESCLARECIMENTO	11
NOTA À 2. ^a EDIÇÃO.....	13
PRÓLOGO	15
PREFÁCIO●	19
ABREVIATURAS.....	23
1 Repertórios.....	23
2 Outras abreviaturas utilizadas.....	23
 INTRODUÇÃO	 29
 CAPÍTULO 1	
OS ANTECEDENTES E O REGIME CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE	37
1 Apresentação.....	37
2 Antecedentes	38
2.1 A tradição anglo-saxônica.....	38
a) O due process of law nos Estados Unidos.....	38
b) O princípio de razoabilidade no Direito argentino.....	43
c) Balanço parcial.....	48
2.2 A tradição continental	49
a) Alemanha.....	49
b) Espanha.....	51
3 O regime constitucional da razoabilidade.....	56
3.1 A justificação da proporcionalidade na Alemanha.....	56
3.2 A justificação da proporcionalidade na Espanha.....	57
3.3 A justificação da proporcionalidade nos Estados Unidos e na Argentina.....	59
4 Balanço.....	60

CAPÍTULO 2

DIMENSÕES DA PROPORCIONALIDADE: OS TRÊS ASPECTOS DO PRINCÍPIO	61
1 Apresentação	61
2 O juízo de adequação	62
1.1 A determinação do fim legislativo	63
1.2 Adequação ex ante ou a posteriori	69
1.3 A profundidade do juízo de adequação	72
3 O juízo de necessidade	76
3.1 A possibilidade do juízo de necessidade	77
a) O argumento da operatividade	79
b) O argumento da «vertente positiva» dos direitos	79
c) O argumento do déficit argumentativo: a aplicação empírica do subprincípio	80
d) O argumento dos princípios	81
e) A função judicial como tarefa valorativa e a divisão de poderes	82
f) Relações entre as diferentes teses. A tese da auto-contenção	84
3.2 O juízo de eficiência	86
3.3 A escolha da medida necessária	88
3.4 Um exemplo: o caso Arena, María y Lorenzo, Kakis, s/ recurso de amparo	90
3.4.1 O caso perante a Corte Suprema argentina	90
3.4.2 O caso perante a Comissão Interamericana de Direito Humanos	92
4 O juízo de proporcionalidade <i>stricto sensu</i>	95
4.1 A insuficiência do balanceamento entre vantagens e desvantagens: a abertura da proporcionalidade <i>stricto sensu</i> à análise do conteúdo essencial	96
4.2 O juízo de alteração ou afetação do conteúdo essencial	101
4.3 O juízo de justificação: análise do caso <i>Smith</i>	104
a) Os fatos	104
b) A decisão da Corte	105
c) A análise do caso na perspectiva da razoabilidade	107

CAPÍTULO 3

ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DO PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE	111
---	-----

1 Apresentação.....	111
2 A justificação teórica da razoabilidade	112
2.1 Justificação lógica	112
2.2 Justificação ontológica: A dinâmica das relações humanas como alicerce da razoabilidade	113
3 Razoabilidade e valoração	120
4 As relações entre os três subprincípios	122
5 A determinação do direito	123
6 Apontamentos para uma aplicação diferenciada do princípio de proporcionalidade.....	125
6.1 Os questionamentos	125
6.2 Os direitos constitucionais com conteúdo patrimonial e o seu tratamento pelos tribunais.....	126
6.3 Os direitos com conteúdo patrimonial e os restantes direitos constitucionais.....	131
 BIBLIOGRAFIA.....	 139
 JURISPRUDÊNCIA.....	 155
1 Argentina	155
2 Espanha.....	158
3 Estados Unidos.....	159
4 Outros Tribunais.....	160
4.1 Tribunal Constitucional alemão	160
4.2 Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	161