

# REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO TRIDIMENSIONAL DA PROPORCIONALIDADE\*

HIDEMBERG ALVES DA FROTA\*\*

**Resumo:** Neste artigo analisa-se a essência do princípio tridimensional da proporcionalidade, cotejando-se a construção doutrinária de origem alemã com jurisprudências da União Européia e de ordenamentos jurídicos nacionais ou regionais do *Common Law* ou que tenham como idioma oficial (ou um dos idiomas oficiais) o português, a fim de se comprovar que a norma em testilha constitui princípio geral do Direito Público.

**Sumário:** Introdução; 1. A Ótica da Doutrina; 2. Os Entendimentos da Jurisprudência: 2.1 Direito comunitário europeu; 2.2 *Common Law*: 2.2.1 Índia; 2.2.2 Israel; 2.2.3 Canadá; 2.2 Direito lusófono: 2.2.1 Portugal; 2.2.2 Macau; 2.2.3 Brasil; Conclusão; Referências Bibliográficas.

**Palavras-chave:** Princípio tridimensional da proporcionalidade; Doutrina alemã; Jurisprudência do Direito comunitário europeu, do *Common Law* e do Direito lusófono.

## INTRODUÇÃO

No presente estudo comprova-se que o princípio tridimensional da proporcionalidade ajusta os atos do Poder Público de modo que traduzam eficácia, indispensabilidade e equilíbrio.

A primeira parte do trabalho destrinça a ótica doutrinária sobre os três elementos do ditame em tela.

Já a segunda parte do artigo delinea o tratamento conferido ao princípio

tridimensional da proporcionalidade pela jurisprudência do Direito Comunitário europeu, do *Common Law* e do Direito de língua portuguesa.

## 1. A ÓTICA DOUTRINÁRIA

A atividade do Estado deve ser em prol do interesse público e proporcional aos objetivos perseguidos, reza o artigo 5.1, da Constituição suíça de 1999<sup>1</sup>. O artigo 226.2, 2ª parte, da Constituição portuguesa de

\*Dedico este artigo ao Prof. Afrânio de Sá, mestre, amigo e paradigma.

\*\*Hidemberg Alves da Frota é Bacharel em Direito e Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

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

1976<sup>2</sup>, arrola entre os postulados informadores da Administração Pública o princípio da proporcionalidade, à semelhança, no Brasil, do artigo 2º, da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999)<sup>3</sup>.

No sentir da doutrina de origem alemã o aparelho estatal se pauta pelo princípio da proporcionalidade quando expede atos adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito.

A primeira dimensão corresponde à idoneidade<sup>4</sup>, adequação<sup>5</sup>, “pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*)”<sup>6</sup>. Importa saber se o ato em tela é “adequado” para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade para com o fim desejado<sup>7</sup>.

A segunda dimensão diz respeito à exigibilidade<sup>9</sup>, indispensabilidade<sup>10</sup> ou necessidade<sup>11</sup> (*Erforderlichkeit*<sup>12</sup>). De “todas as

medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão”<sup>13</sup>.

A terceira e última dimensão — da ponderação<sup>14</sup> ou da proporcionalidade *stricto sensu* (*Verhältnismäßigkeit*)<sup>15</sup> — preconiza a escolha da providência que melhor sopesa os “interesses em jogo”<sup>16</sup>, considera “os danos causados e os resultados a serem obtidos”<sup>17</sup> (“relação custo-benefício”<sup>18</sup>), concilia os interesses sociais com os direitos individuais<sup>19</sup>, harmoniza os valores em tensão dialética e indica o peso e a eficácia de cada princípio no caso concreto<sup>20</sup>.

## 2. OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

### 2.1 Direito comunitário europeu

O Tribunal de Justiça e o Tribunal de

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

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

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

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

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

<sup>7</sup> Grifo do autor.

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., loc. cit.

<sup>9</sup> Ibid., loc. cit.

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

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

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 861.

<sup>13</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>14</sup> HECK, Luís Afonso. Op. cit., loc. cit.

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

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., loc. cit.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 223.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., loc. cit.

<sup>19</sup> GUIMARÃES, Ruy Malveira. Op. cit., p. 202.

<sup>20</sup> HECK, Luís Afonso. Op. cit., loc. cit.

Primeira Instância das Comunidades Europeias incluem o princípio da proporcionalidade no rol de princípios gerais do Direito Comunitário europeu<sup>21</sup> (mormente dos Direitos Humanos e do Direito Administrativo<sup>22</sup>) e albergam em sua jurisprudência as três dimensões da proporcionalidade.

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

Com a *exigibilidade* concitam que os atos adotados não extravasem o necessário para o alcance de seu propósito, “entendendo-se que, quando exista uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida”<sup>23</sup>.

E com a *proporcionalidade em sentido estrito* preceituam que “os inconvenientes causados”<sup>24</sup> não sejam “despropor-

cionais relativamente aos objetivos pretendidos”<sup>25</sup>.

Em relação às dimensões da adequação e exigibilidade, no Tribunal de Justiça citam-se os acórdãos de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03)<sup>26</sup>, 14 de dezembro de 2004 (Processos C-210/03, C-309/02, C-434/02 e C-463/01)<sup>27</sup>, 2 de dezembro de 2004 (Processo C-41/02)<sup>28</sup> e 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03)<sup>29</sup>. No Tribunal de Primeira Instância, os acórdãos de 3 de fevereiro de 2005 (Processo T-19/01)<sup>30</sup>, 11 de dezembro de 2003 (Processo T-305/00)<sup>31</sup> e 30 de setembro de 2003 (Processo T-196/01)<sup>32</sup>.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, mencionam-se os acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03)<sup>33</sup> e de 11 de

<sup>21</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Grande Seção). Acórdão de 14 de dezembro de 2004 (Processos C-210/03, C-309/02, C-434/02 e C-463/01). Luxemburgo, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>22</sup> SCHWARZE, Jürgen. Enlargement, the European Constitution, and Administrative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 53, n. 4, oct.-dec. 2004, p. 972.

<sup>23</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Seção). Acórdão de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03). Luxemburgo, 19 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>24</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>25</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>26</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>27</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Grande Seção). Acórdão de 14 de dezembro de 2004 (Processos C-210/03, C-309/02, C-434/02 e C-463/01). Luxemburgo, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>28</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Seção). Acórdão de 2 de dezembro de 2004 (Processo C-41/02). Luxemburgo, 2 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>29</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Primeira Seção). Acórdão de 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03). Luxemburgo, 11 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>30</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Quinta Seção alargada). Acórdão de 3 de fevereiro de 2005 (Processo T-19/01). Luxemburgo, 3 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>31</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Quinta Seção). Acórdão de 11 de dezembro de 2003 (Processo T-305/00). Luxemburgo, 11 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>32</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Primeira Seção). Acórdão de 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03). Luxemburgo, 11 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>33</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Seção). Acórdão de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03). Luxemburgo, 19 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

novembro de 2004 (Processo C-171/03)<sup>34</sup>.

## 2.2 *Common Law*

### 2.2.1 Índia

A Suprema Corte da Índia, ao julgar a Apelação Civil nº 8258/04, de 16 de dezembro de 2004, enxergou o princípio tridimensional da proporcionalidade como norma a orientar o controle judicial da Administração Pública e do Poder Legislativo<sup>35</sup>.

### 2.2.2 Israel

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

No HCJ<sup>36</sup> 316/03, de 11 de novembro de 2003<sup>37</sup>, coibiu a censura do documentário “Jenin... Jenin” (filme que defende a hipótese de massacre de palestinos pelo Exército israelense no campo de

refugiados de Jenin), porque, apesar da censura ser adequada à proteção da susceptibilidade da comunidade israelita, afrontava em demasia a liberdade de expressão, ofensa mais grave à ordem jurídica israelense que o maltrato à sensibilidade da opinião pública judaica.

Nos HCJ 6055/95<sup>38</sup> e 7083/95<sup>39</sup>, de 14 de outubro de 1999, considerou excessivo o prazo de 96 horas para a prisão cautelar de soldados, decretada pela autoridade policial das forças armadas ao fiscalizá-los, uma vez que 48 horas seriam suficientes para tanto e o interesse público de se averiguar suposta conduta ilícita (em sede de procedimento preparatório para eventual processo judicial) do soldado não prevalece sobre seu direito à liberdade pessoal.

No HCJ 2056/04, de 30 de junho de 2004<sup>40</sup>, a Suprema Corte israelense notou que a proporcionalidade *stricto sensu* pode ser aplicada da forma tradicional, contrastando-se os aspectos meritoriosos e deletérios do ato administrativo em testilha, ou de

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

<sup>35</sup> ÍNDIA. Supreme Court of India. Appeal (Civil) nº 8258 of 2004. New Dehli, 16 December 2004. Disponível em: <<http://www.judis.nic.in>>. Acesso em: 22 mar. 2005, tradução nossa.

<sup>36</sup> ISRAEL. Supreme Court. HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>37</sup> ISRAEL. Supreme Court. HCJ 316/03 *Muhammad Bakri and Forum of Documentary Producers v. Israel Film Council, Ministry of Science, Culture and Sport, Yitzhak Busidan (father of the late Amit Busidan), Leah Berr (mother of the late Dror Berr), Pninah Yaskov (widow of the late Avner Yaskov), Eva Meishish (mother of the late Dani Shmuel Meishish), Solomon and Simcha Azuri (parents of the late Eyal Azuri), David Zimmerman (father of the late Eyal Zimmerman), Amnon Chava (father of the late Menashe Chava), Rosaline and Salomon Ezra (parents of the late Gad Ezra), Aryeh and Tziporah Weiss (parents of the late Shmuel Weiss), Rina and Mark Rabinson (parents of the late Matanyah Rabinson), Simcha and Pninah Melik (parents of the late Gedaliah Melik), Gadi and Bernice Ya'akov (parents of the late Avihu Ya'akov), Michal Arazi (mother of the late Tiran Arazi), Shlomo Alshochat (father of the late Ronen Alshochat), Mazal, Ami and Chagai Tal (parents and brother of the late Roey Tal), Dr. David Tzangan, Zev Iluz, Barak Alfí, Baruch Bachar, Avraham Gal, Ron Teicher, Yisrael Kaspi, Rafi Lederman, Sagi Marak, Eli Proz, Guy Friedman, Aryeh Kadosh, Amichai Kadron, Avner Kinnal and Maron Shteter*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>38</sup> ISRAEL. Supreme Court. HCJ 6055/95 *Sagi Tzemach v. Minister of Defense, Military Chief of Staff, Chief Military Prosecutor and Chief Military Police Officer*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>39</sup> ISRAEL. Supreme Court. HCJ 7083/95. Major Vered Ornstein-Zahavi, Major Moshe Kanobler, Captain Lior Tomshin, Captain Orli Markman and Captain Moshe Levi v. Chief Military Attorney and Chief of Military Police. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>40</sup> HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

maneira nova, comparando-se a relação custo-benefício daquela medida com a de um ato administrativo alternativo.

Estudo técnico de associação civil de oficiais da reserva verificara que o Muro de Israel nos planaltos da Judéia e da Samaria poderia receber localização alternativa (à distância do oeste e do leste de Beit Sourik), o que contemplaria o imperativo de se robustecer a segurança de Israel e, ao mesmo tempo, demandaria dos colonos de Beit Likia e Beit Anan sacrifícios consideravelmente menores, que ora estavam, por força do Muro, impossibilitados de se dirigirem às suas plantações.

Em prol da subsistência dos colonos e calçada na indicada opinião técnica, a Suprema Corte israelense anulou (com efeitos *ex tunc*) a maioria dos atos administrativos que determinaram a a construção de grande parte do apontado segmento do Muro de Israel.

### 2.2.3 Canadá

Há mais de quinze anos a Suprema Corte do Canadá sedimentou em sua jurisprudência sobre Direito Constitucional o princípio tridimensional da proporcionalidade.

Em *United States of America v. Cotroni e United States of America V. El Zein*, julgados em sessão única de 8 de junho de 1989<sup>41</sup>, a Suprema Corte do Canadá foi favorável à extradição de canadenses para os Estados Unidos, pela prática, em território do Canadá, de tráfico internacional de entorpecentes envolvendo os EUA.

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

Em *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, de 13 de dezembro de 1990<sup>42</sup>, chancelou a repressão à liberdade de expressão de líder e partido neonazista

“... a Suprema Corte do Canadá (...) chancelou a repressão à liberdade de expressão de líder e partido neonazista que disseminavam mensagens telefônicas anti-semitas. O tolhimento desse direito constitucional se relevaria apropriado e necessário quer à prevenção de danos causados pela apologia do ódio racial, quer “à promoção da igualdade e tolerância”<sup>43</sup>, trazendo à tona efeitos mais benéficos do que nocivos a uma “sociedade livre e democrática”<sup>44</sup>.”

que disseminavam mensagens telefônicas anti-semitas. O tolhimento desse direito constitucional se relevaria apropriado e necessário quer à prevenção de danos causados pela apologia do ódio racial, quer “à promoção da igualdade e tolerância”<sup>43</sup>, trazendo à tona efeitos mais benéficos do que nocivos a uma “sociedade livre e democrática”<sup>44</sup>.

Em *Tétreault-Gadoury v. Canada*, de 6 de junho de 1991<sup>45</sup>, a Suprema Corte do Canadá assentou que a medida governamental de automaticamente vedar a concessão de seguro-

desemprego para maiores 65 anos como profilaxia contra a percepção, às custas dos cofres públicos, de retribuições pecuniárias desmedidas (muitos idosos, mesmo aposentados, valiam-se do seguro-desemprego para aumentar a renda), não configurava meio adequado e necessário para se combater en-

<sup>41</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>42</sup> CANADA. Supreme Court of Canada. *Canada (Human rights commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, 1990 CanLII 26 (S.C.C.). Ottawa, December 13 1990. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

<sup>43</sup> Ibid., loc. cit., tradução nossa.

<sup>44</sup> Ibid., loc. cit., tradução nossa.

<sup>45</sup> CANADA. Supreme Court of Canada. *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, 1991 CanLII 12 (S.C.C.). Ottawa, June 6 1991. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

riquecimento ilícito de aposentados. Em vez de se negar, *a priori*, a conferência de seguro-desemprego a todos os maiores de 65 anos pleiteantes, bastaria, *a posteriori*, suprimir-se o apontado benefício, quando percebido indevidamente. Nem traduzia deliberação ponderada. A economia de recursos públicos não justificava ou contrabalançava a omissão do Poder Público em amparar desempregados idosos.

Em *R. v. Schwartz*, de 8 de dezembro de 1988<sup>46</sup>, abalizou o rígido controle sobre a aquisição e venda de armas prescrito pela Parte II.1, do Código Criminal canadense, por vislumbrar nela providência “racional, equitativa não-arbitrária”<sup>47</sup>, de mínima ofensividade, equilibrando “o interesse da comunidade e o interesse daqueles que desejam ter o porte legal de armas”<sup>48</sup>.

Em *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, de 4 de maio de 1989<sup>49</sup>, apoiou autoridade administrativa do Ministério do Trabalho, o qual, respaldado pela seq. s. 61.5(9)(c), do Código Trabalhista do Canadá, sancionara empregador por demissão sem justa causa, ordenando que escrevesse carta de recomendação (com conteúdo específico) sobre o empregado demitido injustamente e que se manifestasse sobre a conduta deste tão-somente na oportunidade de redação dessa missiva.

As determinações do representante do Ministério do Trabalho se conformariam

ao mister de, em nome da “dignidade inerente ao ser humano”<sup>50</sup> e dos valores da justiça social e da igualdade, sanar vindita exercitada pelo empregador em detrimento do empregado. Não haveria decisão menos ofensiva a ser tomada pela autoridade administrativa. A defesa da dignidade do empregado justificaria os temperamentos à liberdade de expressão do empregador.

## 2.3 Direito lusófono

### 2.3.1 Portugal

No Tribunal Constitucional de Portugal acolhe-se o princípio tridimensional da proporcionalidade, à luz da Teoria Geral do Direito e, em especial, da Teoria Geral do Direito Público.

A 1ª Seção do TC, no Acórdão nº 302/01, de 27 de junho de 2001<sup>51</sup>, designou-o princípio geral de direito e princípio objetivo da ordem jurídica, a conformar atos do Poder Público e, “pelo menos em certa medida”<sup>52</sup>, atos de entidades privadas, inspirando “soluções adoptadas pela própria lei no domínio do direito privado”<sup>53</sup>.

O Plenário, no Acórdão nº 186/01, de 2 de maio de 2001<sup>54</sup>, considerou-o “importante limitação ao exercício do poder público”<sup>55</sup> na condição de “garantia dos direitos e liberdades individuais”<sup>56</sup>.

No Acórdão nº 484/00, de 22 de novembro de 2000<sup>57</sup>, a 2ª Seção do TC divi-

<sup>46</sup> CANADÁ. Supreme Court of Canada. *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, 1988 CanLII 11 (S.C.C.). Ottawa, December 8 1988. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

<sup>47</sup> Ibid., loc. cit., tradução nossa.

<sup>48</sup> Ibid., loc. cit., tradução nossa.

<sup>49</sup> CANADA. Supreme Court of Canada. *Slaight communications inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, 1989 CanLII 92 (S.C.C.). Ottawa, May 4 1989. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

<sup>50</sup> Ibid., loc. cit., tradução nossa.

<sup>51</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional (1ª Seção). Acórdão nº 302/01. Lisboa, de 27 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>52</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>53</sup> Ibid., loc. cit., citação direta do texto do acórdão, escrito em português europeu.

<sup>54</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Plenário). Acórdão nº 186/01. Lisboa, 2 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>55</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>56</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>57</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional (2ª Seção). Acórdão nº 484/00. Lisboa, 22 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

sou nesse postulado norma aplicável aos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, respeitadas as peculiaridades das três espécies de medidas estatais, motivo pelo qual as violações aos elementos do princípio da proporcionalidade por Diplomas Legislativos deve ser manifesta.

No Acórdão nº 200/01, de 9 de maio de 2001<sup>58</sup>, o mesmo órgão fracionário alçou o princípio tridimensional da proporcionalidade à estatutura de princípio geral de limitação do Poder Público e assim diferenciou o alcance do princípio da proporcionalidade nas atividades administrativa e legislativa: enquanto a Administração Pública se vincula “à prossecução de finalidades”<sup>59</sup> previamente estabelecidas, o Poder Legislativo, untado à moldura constitucional, define “a finalidade visada com uma determinada medida”<sup>60</sup>, realizando a função legislativa com margem discricionária mais larga que a da função administrativa e fincada em complexas avaliações sócio-econômicas acerca do substrato empírico que enseja dada medida e da repercussão desta no mundo fático.

O Plenário, no Acórdão nº 186/01, frisou que descabe ao Tribunal Constitucional, ao empregar o tripartite princípio da proporcionalidade, impor avaliação contrária ao juízo de valor empírico e sócio-econômico do Parlamento acerca do teor e dos efeitos de medidas legislativas, salvo em caso de evidente equívoco de apreciação pelo Poder Legislativo, quando, por exemplo, elabora atos incompatíveis “com a finalidade perseguida”<sup>61</sup>.

O Supremo Tribunal Administrativo português (Seção do Contencioso Administrativo, Acórdão de 10 de fevereiro de 2002, Recurso Contencioso 01813/02<sup>62</sup>), inferiu que o direito à justa indenização plasma mecanismo “adequado a compensar”<sup>63</sup> a perda, pelo administrado, de terreno desapropriado (e de estabelecimento empresarial, por ventura, nele localizado) e que cabe ao particular provar que a Administração Pública tinha à sua disposição soluções menos onerosas e mais vantajosas.

### 2.3.2 Macau

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

No Acórdão de 27 de abril de 2000 (Processo nº 6/2000)<sup>64</sup>, o Tribunal de Última Instância da REAM se posicionou a favor da anulação de ato administrativo que proibia, durante três anos, a entrada em Macau de cidadão da vizinha Região Especial Administrativa de Hong Kong, em razão de ter sido, em pequena monta, duas vezes multado em Hong Kong pela posse de drogas e por atuar em cassinos de Macau como “bate-fichas”<sup>65</sup>.

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

<sup>59</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>60</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>61</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>62</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Seção do Contencioso Administrativo). Recurso Contencioso 01813/02. Lisboa, 10 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>63</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>64</sup> MACAU. Tribunal de Última Instância. Processo nº 6/2000. Recurso de Decisões Jurisdicionais em Matéria Administrativa, Fiscal e Aduaneira. Macau, 27 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/ndefault.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

<sup>65</sup> “Bate-ficha” (*dap-ma* em cantonês) consubstancia jogo de azar próprio de Macau, em que se usam “fichas velhas” tradicionalmente compradas da Sociedade de Turismo e Diversões de Macau (STDM), empresa criada pela administração portuguesa e pioneira na difusão de cassinos na REAM, a qual se sagrou nos últimos quarenta anos como o grande esteio da indústria de turismo macauense. Cf. LEONG, Angela Veng Mei. The “bate-ficha” business and triads in Macau cassinos.

À época, o TUI notou a ausência de fortes indícios que certificassem o envolvimento do recorrido com associações criminosas macauenses ou que atestassem que oferecia qualquer ameaça à segurança ou à ordem pública da REAM, motivo pelo qual o TUI constatou que os direitos daquele cidadão foram “limitados inadequadamente em comparação com o fim de proteger a segurança pública de Macau”<sup>66</sup>.

Nesse compasso, no Acórdão de 28 de julho de 2004 (Processo nº 1/2004)<sup>67</sup>, o TUI sublinhou que “as limitações de direitos e interesses das pessoas devem relevar-se idôneas e necessárias para garantir os fins visados pelos actos dos poderes públicos”<sup>68</sup>.

No Acórdão de 15 de abril de 2004 (Recurso nº 162/2003)<sup>69</sup>, o Tribunal de Segunda Instância se deparou com circunstância fática parecida com aquela enfrentada pelo TUI no Acórdão de 27 de abril de 2000, mas decidiu em sentido diverso.

Percebeu o TSI que a decisão administrativa de interditar a entrada de cidadão de Hong Kong em Macau, ao longo de cinco anos, arrimava-se em pressupostos fáticos consistentes: declaração do próprio recorrente, corroborando sua tripla condenação em Hong Kong pela prática de furtos, complementada pelas declarações da Polícia de Hong Kong, asseverando tratar-se de membro de associação criminosa, e do Secretário para Segurança da REAM, aludindo à sua prisão em flagrante delito em Macau, por furtar turista.

Daí porque o Tribunal de Segunda Instância asseriu que o ato administrativo vergastado, em verdade, coadunava-se com o

princípio tridimensional da proporcionalidade.

[...] é sensato, é razoável que as entidades públicas para o efeito vocacionadas, em face de indivíduo sobre quem disponham de fortes indícios de pertença a associação criminosa e com largo passado criminal lhe vedem, de acordo com os dispositivos legais vigentes, a entrada no Território, *por forma a prevenir a criminalidade e salvaguardar a segurança, não se vendo que se mostra ultrapassada a justa medida, ou que outras medidas necessárias e adequadas para atingir aqueles fins pudessem ter sido somadas, no quadro legal existente, que implicassem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica do recorrente.*<sup>70</sup> (grifos nossos)

Idêntica afirmativa, acima reproduzida, o TSI esboçou em caso similar, no Acórdão de 30 de janeiro de 2005 (Processo nº 121/2004)<sup>71</sup>.

### 2.3.3 Brasil

No Supremo Tribunal Federal o Ministro Gilmar Mendes tem divulgado o princípio da proporcionalidade em sua vertente tridimensional.

Ao longo do ano de 2003, ao compulsar o teor de dezenas de propostas de intervenção federal, o Plenário do STF, capitaneado pelo Ministro Gilmar Mendes (relator dos acórdãos, sendo relator dos processos o Ministro Marco Aurélio) consagrou

<sup>66</sup>Ibid., loc. cit.

<sup>67</sup>MACAU. Tribunal de Última Instância. Processo nº 1/2004. Recurso de Decisão Jurisdicional em Matéria Administrativa. Macau, 28 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/pdefault.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

<sup>68</sup>Ibid., loc. cit., citação direta do português oficial em Macau.

<sup>69</sup>MACAU. Tribunal de Segunda Instância. Recurso nº 162/2003. Macau, 15 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/pdefault.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

<sup>70</sup>Ibid., loc. cit, citação direta do original, no português oficial em Macau,

<sup>71</sup>MACAU. Tribunal de Segunda Instância. Recurso nº 121/2004. Macau, 30 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/pdefault.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.



expressamente sua afinidade com a formulação trina do princípio da proporcionalidade<sup>72</sup>.

Consignou o Ministro Gilmar Mendes que o princípio da proporcionalidade atine a todas as espécies de atos públicos (administrativos, legislativos e judiciários) e que, por intermédio de tal postulado, medeia-se o entrecchoque entre direitos fundamentais, princípios ou “bens constitucionais contrapostos”<sup>73</sup>, ao se conjugarem as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, isto é, averiguando-se se o ato atacado é “apto para produzir o efeito desejado”<sup>74</sup>, “insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz”<sup>75</sup> e “se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto”<sup>76</sup>.

Ao se julgar decretação de intervenção federal em ente federado em função do inadimplemento de precatórios judiciais, caharia proceder a esta leitura das dimensões do princípio da proporcionalidade:

1. No tocante à adequação, refletir se o ente político-constitucional alvo da intervenção não paga a contento os precatórios judiciais em face de conduta “dolosa e deliberada”<sup>77</sup> ou por força das suas disponibilidades financeiras, porquanto, neste caso, faleceria razão para se nomear interventor, o qual se depararia com as mesmas dificul-

dades enfrentadas pelo Chefe do Poder Executivo que o antecederia;

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

3. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, saber se há proporção entre o adimplemento dos precatórios e o ônus imposto ao respectivo ente federativo e à sociedade a que serve, para se evitar o cumprimento das obrigações relacionadas aos precatórios judiciais prejudicar sobremaneira a população, obstando, por exemplo, “a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como saúde e educação”<sup>78</sup>.

## CONCLUSÃO

O princípio tridimensional da proporcionalidade constitui a síntese de vários valores essenciais ao Direito Público. Oriundo do Direito alemão, hoje orienta a aplicação do Direito Público no Direito Comunitário europeu, no *Common Law* e no Direito lusófono, em especial quando liberdades públicas estão sendo temperadas pelo aparelho estatal.

<sup>72</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Intervenções Federais (IFs) nº 139, 164, 183, 186, 201, 207, 215, 229, 247, 251, 260, 282, 285, 300, 302, 310, 311, 336, 338, 343, 344, 350, 364, 366, 385, 390, 406, 410, 411, 418, 431, 432, 2180, 2241, 2572, 2587, 2609, 2614, 2626, 2637, 2638, 2640, 2645, 2647, 2651, 2653, 2655, 2657, 2659, 2674, 2677, 2679, 2680, 2683, 2686, 2695, 2711, 2712, 2717, 2725, 2726, 2731, 2742, 2747, 2748, 2750, 2751, 2755, 2756, 2759, 2760, 2766, 2767, 2770, 2771, 2772, 2773, 2780, 2783, 2785, 2799, 2801, 2802, 2803, 2808, 2809, 2810, 2823, 2824, 2825, 2826, 2828, 2829, 2830, 2832, 2834, 2840, 2843, 2846, 2848, 2849, 2855, 2856, 2857, 2868, 2870, 2871, 2872, 2873, 2874, 2875, 2879, 2889, 2892, 2893, 2894, 2895, 2896, 2898, 2899, 2900, 2908, 2910, 2911, 2913, 2914, 2916, 2921, 2922, 2926, 2928, 2929, 2930, 2933, 2935, 2936, 2937, 2939, 2942, 2945, 2946, 2947, 2948, 2951, 2952, 2958, 2960, 2962, 2964, 2970, 2972, 3042, 3047, 3049, 3055, 3061, 3067, 3073, 3076, 3078, 3081, 3084, 3085, 3089, 3142, 3238, 3241, 3283, 3284, 3287, 3301, 3302, 3315, 3490, 3518, 3519, 3520, 3525, 3538, 3549, 3565, 3577, 3602, 3604, 3606, 3607, 3608, 3619, 3787, 3789, 3790, 3800, 3802, 3804, 3805, 3808, 3811, 3812, 3815, 3816, 3822, 3824, 3834, 3835, 3839, 3840, 3841, 3844, 3845, 3849, 3851 e 3861. Relator dos acórdãos: Ministro Gilmar Mendes. Relator dos processos: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

<sup>73</sup>Ibid., loc. cit.

<sup>74</sup>Ibid., loc. cit.

<sup>75</sup>Ibid., loc. cit.

<sup>76</sup>Ibid., loc. cit.

<sup>77</sup>Ibid., loc. cit.

<sup>78</sup>Ibid., loc. cit.

Ancora-se nas dimensões da adequação, menor ofensividade e justa medida.

Sob o ângulo da adequação, o princípio tridimensional da proporcionalidade determina que o ato estatal seja apropriado ao fim a que se destina. O ato estatal deve consistir em meio apto para o agente público concretizar o interesse social entalhado no Direito (mormente no Direito Legislado). Estar apto significa almejar o interesse público, contar com o respaldo do ordenamento jurídico (principalmente da ordem legal), respeitar os seus condimentos e cumprir os efeitos desejados. O ato adequado encerra os predicados da juridicidade, da legalidade, da finalidade, do devido processo formal e da eficácia. Por juridicidade, entende-se a chancela do Direito. Por legalidade, o beneplácito do Direito Legislado. Por finalidade, visar ao respectivo interesse social positivado (interesse público propriamente dito, interesse primário). Por devido processo formal, cumprir o conjunto de formalidades de atos procedimentais e/ou processuais) elencado no sistema jurídico. Por eficácia, repercutir no mundo fático da forma determinada pela ordenação jurídica.

Sob a ótica da menor ofensividade, o princípio tridimensional da proporcionalidade preconiza optar-se pela medida que se mostra necessária, indispensável, porque, dentre as medidas apropriadas disponíveis (exequíveis), plasma a menos ofensiva aos interesses do particular. Dentre as providências adequadas e possíveis, escolhe-se a que há de impor os menores sacrifícios à dignidade do particular e melhor preservará os seus direitos fundamentais. O princípio da menor ofensividade reverbera o princípio da dignidade da pessoa humana.

E sob o ponto de vista da justa medi-

da, o princípio tridimensional da proporcionalidade exige do agente público ponderar sobre os valores em tensão dialética e harmonizá-los da maneira mais equilibrada (adotar a medida adequada e de menor ofensividade que melhor se depura de excessos ou deficiências), além de executar o ato estatal apenas se este trazer ao interesse público mais efeitos benfazejos que deletérios. O princípio da justa medida ecoa o princípio do devido processo legal substantivo, ao moldar os atos estatais de modo a espelharem os valores do equilíbrio e do justo.

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

Dessa maneira o agente público se municia de instrumento científico a

calibrar o ordenamento jurídico livre seja de conceitos indeterminados de razoabilidade, seja de critérios subjetivos, pessoais e adstritos ao que entende como sensato, conveniente ou oportuno.

À medida em que os juízes, ao exercitarem o controle da atividade do Estado, socorrerem-se cada vez mais da vertente trina do princípio da proporcionalidade, maior a possibilidade da judicatura fornecer ao jurisdicionado decisões consistentes, inteligíveis e de credibilidade, consagrando a função judicante como múnus técnico, de voz sóbria, visão lúcida e raciocínio cristalino.

*“O ato estatal deve consistir em meio apto para o agente público concretizar o interesse social entalhado no Direito (mormente no Direito Legislado). Estar apto significa almejar o interesse público, contar com o respaldo do ordenamento jurídico (principalmente da ordem legal), respeitar os seus condimentos e cumprir os efeitos desejados.”*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 3, Nº 4, p. 196-209, jan.-dez. 2000.
- GUIMARÃES, Ruy Malveira. O princípio da proporcionalidade. *Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas*, Manaus, v. 2, p. 199-209, jan.-dez. 2001.
- HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 781, p. 71-78, nov. 2000.
- LEONG, Angela Veng Mei. The “bate-ficha” business and triads in Macau casinos. Brisbane, *Queensland University of Technology Law & Justice Journal*, v. 2, nº 1, jan.-jun. 2002, p. 83-96.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- SCHWARZE, Jürgen. Enlargement, the European Constitution, and Administrative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 53, Nº 4, p. 969-984, oct.-dec. 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001. (Coleção direito civil, v. 1).