

# **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS QUADROS DA DOGMÁTICA CONTEMPORÂNEA — ANÁLISE DE ALGUNS CASOS, RECENTES E RELEVANTES, DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, EM QUE INCIDE TAL PRINCÍPIO.**

**José Manoel Arruda Alvim Netto**

Advogado em São Paulo, Brasília e Rio de Janeiro — Professor Titular na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo [mestrado e doutorado] e na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo — Fadisp.

## **1. O JUIZ E A LEI — MUTAÇÕES NOTÁVEIS NO RELACIONAMENTO SOCIAL, PAPEL DO ESTADO E ATUAÇÃO MAIS INTENSA E MAIS ABRANGENTE DO PODER JUDICIÁRIO**

A hermenêutica, tal como tradicionalmente concebida, se revela, realmente, insuficiente para a plena compreensão do princípio da proporcionalidade. É necessário que desta seara saíamos, para entendermos que, na verdade, se trata *principalmente* quase que de um critério de aferição da validade das leis<sup>1</sup>.

A crescente importância que vem adquirindo tal princípio, se deve a uma evolução profunda do Direito, em cujo evoluir se surpreende especialmente: (a) engrandecimento crescente e paulatino da figura do juiz, tomando-se como lapso temporal em que isto ocorreu, desde o limiar da Revolução

---

<sup>1</sup> Devemos, preliminarmente, lembrar diversos nomes — sem a exclusão de muitos outros — que têm tratado do Princípio da Proporcionalidade entre nós. Dentre esses está o Professor **Willis Santiago Guerra Filho**, constitucionalista e filósofo, e, também estudioso, dos primeiros momentos, entre nós, do princípio da proporcionalidade. Recordemos, ainda, do emérito advogado e jurista de escol, Professor **Roberto Rosas**, que tem escrito sobre diversos ramos do Direito, e, muito competentemente, também, sobre Direito Constitucional, recordando-se desde a 1ª edição do seu magnífico “Direito Processual Constitucional”, de 1983, até recentemente o seu precioso texto sobre “Devido Processo Legal: Proporcionalidade e razoabilidade” (Revista dos Tribunais, v. 783). Dentre esses avulta a figura do Ministro e Professor Gilmar Ferreira Mendes, seja pelas suas obras de densidade e clareza notáveis, a respeito de Direito Constitucional, em que trata, também, sempre com mão de mestre, do princípio da proporcionalidade.

Francesa até nossos dias; (b) alteração *paralela* do tecido normativo, em que o legislador acabou por modelar, em pontos centrais, o sistema jurídico, *com a utilização de conceitos vagos e de cláusulas gerais*, objetivando atribuir maior espaço para o juiz; (c) particularmente, maior conscientização do papel da Constituição, com significação engrandecida do Direito Constitucional, que passa a submeter mais rígida e eficazmente a legislação infraconstitucional.<sup>2</sup>

Parece-nos ter-se reconhecido maior espaço para o juiz, no exame da lei, a partir da conscientização intensificada de que esta deve submeter-se à Constituição,<sup>3</sup> em especial em relação aos direitos fundamentais, viabilizando um controle mais intenso e profundo da constitucionalidade das leis. Esse espectro maior de apreciação para o juiz, todavia, veio a ser aceito no plano do exame da lei ordinária, mas não em relação aos referenciais constitucionais. Isto porque, precisamente, pelo princípio da proporcionalidade, o que se colima é o primado da Constituição, em especial no que concerne aos direitos fundamentais. Constituiu-se, nesse contexto, o princípio da proporcionalidade como que, segundo nos parece, um coroamento de toda essa evolução, numa de suas facetas, constituindo-se teoria particular da validade das normas infraconstitucionais, com vistas a um maior e mais eficiente resguardo de direitos fundamentais, que não devem ser “arranhados” ou “minimizados”, pela legislação ordinária, não compatível com a grandeza desses direitos, tais como tenham sido cunhados na Constituição.<sup>4</sup>

2 Tecendo considerações sobre os ensinamentos de **Ferrajolo**, **Lenio Streck** observa que: “Até cinquenta anos atrás, alude **Ferrajoli**, não existia nem no pensamento jurídico e nem no sentido comum a idéia de uma lei acerca das leis, isto é, de um Direito do Direito, sendo inconcebível que uma lei pudesse vincular a lei, sendo a lei a única fonte. e, portanto, onipresente, do Direito: seja fosse concebida como vontade do soberano, seja fosse legitimada como expressão da maioria parlamentar. De maneira que o legislador, na melhor das hipóteses, o Parlamento, era sua vez concebido como onipresente; e onipotente era o Parlamento em consequência da política, da qual o Direito era o produto e, ao mesmo tempo, o instrumento. Tudo isso se altera, diz **Ferrajoli**, com a afirmação, ou se assim se prefere, com o reconhecimento da Constituição como norma suprema, à qual todas as demais estão subordinadas rigidamente” (Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 47).

3 Nesse sentido, ainda **Lenio Streck**: “Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. (...) Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (“Hermenêutica Jurídica e(m) Crise”, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 52-53).

4 Nesse sentido, ainda esta vez, **Lenio Streck**: “Trata-se, enfim, segundo o jurista italiano (**Ferrajoli**), de um câmbio revolucionário de paradigma no Direito: alteram-se em primeiro lugar, as condições de validade das leis que dependem do respeito já não somente em relação às normas processuais sobre a sua

Proporcionou-se, assim, um critério representativo de uma sintonia fina entre textos constitucionais em que se prevêem direitos fundamentais, viabilizando que se identifiquem ou que se flagrem inconstitucionalidades – menos evidentes, ou, em tempos passados, menos detectáveis – decorrentes do descompasso entre o significado albergado pelo texto constitucional e não corretamente compreendido ou obedecido pelo legislador ordinário. Por outras palavras, entende-se, hoje, que tais valores constitucionais não podem ser desconsiderados na inteireza com que hajam sido assumidos pela Constituição, havendo, por isso, para o conteúdo da lei ordinária, critério preordenado a que isso não ocorra. Com isso, quer-se que não haja restrições a direitos fundamentais *desnecessariamente*, i.e., que a disciplina, por lei ordinária, não seja inadequada à preservação da inteireza de tais direitos.

Com isto, acentuou-se que o Judiciário deve ser considerado também, senão fundamentalmente, como um **longa manus** expressivo do constituinte, na fiscalização dessa rigorosa congruência entre as leis concretizadoras de mandamentos constitucionais em relação à Constituição.

É interessante observar-se que não se aplica esse princípio, exclusivamente, na estrita e rígida submissão da lei à Constituição, senão que também no Direito Administrativo [de resto, onde foi originariamente concebido ou idealizado], no Direito Penal, onde comporta vasta aplicação, e, igualmente, em outros ramos do Direito.<sup>5-6</sup> Em texto enviado ao Ministro da Justiça, que

---

*formação, senão também em relação às normas substantivas sobre seu conteúdo*, isto é, dependem de sua coerência com os princípios de justiça estabelecidos pela Constituição; em segundo lugar, altera-se a natureza da função jurisdicional e a relação entre o juiz e a lei, que já não é, como no paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, senão que é uma sujeição, sobretudo, à Constituição que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação em sentido constitucional e sua declaração de inconstitucionalidade; em terceiro, altera-se o papel da Ciência Jurídica, que, devido ao câmbio paradigmático, resulta investida de sua função à não somente descritiva, como no velho paradigma paleojuspositivista, senão crítica e construtiva em relação ao seu objeto: crítica em relação às antinomias e às lacunas da legislação vigente em relação aos imperativos constitucionais, e construtiva relativamente à introdução de técnicas de garantia que exigem para superá-las; altera-se, sobretudo, a natureza mesma da democracia.” (“Hermenêutica Jurídica e(m) Crise”, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 47).

5 Ver a obra de: CORREA, Teresa Aguado. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. Madrid: EERSA, 1999, passim.

6 Em recente obra o Professor (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.), refere-se a inúmeros exemplos assentados, total ou parcialmente, no critério da proporcionalidade. Nesta obra o autor aborda assuntos, também, estribado no critério de “princípio da insuficiência”, ou seja, quando o legislador ordinário se omite em disciplinar aquilo que deve fazê-lo, ou, fazendo-o, o faz insuficientemente em relação à significação e à grandeza do Direito fundamental. Como exemplo, indique-se o que está às pp. 91 e seguintes, tendo em vista a relação entre a Constituição e o Direito ordinário, à luz de pretensão de filho, nascido fora de casamento, dirigida contra a sua mãe, com vistas à obtenção sobre a pessoa do seu

teria sido o § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil, surpreendia-se o critério da proporcionalidade.<sup>7</sup>

O princípio (ou máxima) da proporcionalidade conecta-se estreitamente com a teoria dos princípios. A máxima da proporcionalidade, segundo **Alexy**, desdobra-se em máximas parciais, quais sejam, a da (i) adequação, a da (ii) necessidade (postulado do meio mais benigno) e a da (iii) proporcionalidade em sentido estrito.<sup>8</sup> De outra parte, segundo este mesmo autor, “princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas e fáticas”.<sup>9</sup>

É por isso que, alguns autores, comparando o chamado princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade, afirmam que este vai além do que aquele alcança. Como esclarece entre nós **Helenilson Cunha Pontes**<sup>10</sup>, aqui, no campo do princípio da proporcionalidade, não se exige apenas “que a atuação estatal e a decisão jurídica sejam razoáveis, mas que sejam os melhores meios de maximização das aspirações constitucionais”. A esse respeito, discorreremos com mais vagar mais à frente.

Para **Paulo Bonavides**<sup>11</sup>, o princípio da proporcionalidade objetiva “instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível o controle do excesso”; sucessivamente diz: “(...) trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera pos-

---

pai biológico. Às pp. 92 e 93 são *sopesados* todos os valores em jogo, ponderando o autor, em que medida que “o resultado depende de considerações situadas ao nível do Direito civil, e não de uma ponderação de direitos fundamentais especificamente jurídico-constitucional” (p. 93, *fine*).

7 Lia-se aí a respeito de poder ou não poder ser concedida tutela antecipada, cuja concessão se mostrasse irreversível ou eventualmente irreversível: “Art. 273. § 2º A antecipação será indeferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor”.

8 ALEXY, Roberto. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. cap. III, 8. p. 111.

9 *Id.*, *Ibid.*, p. 112.

10 **O PRINCÍPIO da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000. p. 190-191)

11 **CURSO de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 315.

sível de incidência — fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas”.

**Luís Roberto Barroso**<sup>12</sup>, abordando esta temática em relação a assunto *paralelo*, ou seja, com referibilidade ao princípio da razoabilidade, diz que “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão exclusivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”

**Maria Rosynete Oliveira Lima**<sup>13</sup> afirma que o princípio da proporcionalidade enseja a procura de um equilíbrio entre o exercício do poder estatal e a preservação dos direitos fundamentais do homem, fazendo brotar, na jurisprudência e doutrina pátrias, análises que ora chamou de razoabilidade, ora de proporcionalidade, não só da atuação administrativa, mas também legislativa.

**Gilmar Ferreira Mendes** — que no texto a seguir refere-se a ambos os princípios, como sinônimos —<sup>14</sup>, vendo o princípio (da proporcionalidade) como consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, disse: “o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem sua **sedes materiae** na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5<sup>o</sup>, LIV)”; afirma, a seguir, que há “de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)”.

Conforme, ainda, ressalta **Gilmar Ferreira Mendes**<sup>15</sup>, subsidiado por forte aparato doutrinário alemão, o pressuposto da adequação (*Geeigenetheit*)

12 **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 205-206.

13 **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed., 1999. p. 273-276.

14 **A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Repertório IOB jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo. n. 23, p. 475-469, 2. quin. dez. 1994.

15 “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, São Paulo: 1998, Celso Bastos Editor, p. 39

exige que as medidas interventivas adotadas pelo Estado mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos, e, que, portanto, o meio gravoso concretamente utilizado não merece censura. *Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.* Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o fim a ser atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).

## 2. EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA E O PROCESSO CIVIL

Devem-se tecer algumas considerações sobre o contexto histórico do século retrasado, sua evolução cambiante para o século passado, e, dentro desse ambiente, surpreender a linha de evolução pela qual passou pelo Direito Processual Civil, e, nesse caminho evolutivo, verificar as profundas modificações havidas na relação entre juiz e a lei, e sublinhar que modificações profundas que sofreu essa relação, o que veio a significar paulatinamente o engrandecimento dos poderes do juiz e conduziu a uma compreensão diferente da lei, a qual, se nos primórdios da Revolução Francesa não comportava, sequer interpretação literal, ao que se sucedeu a aceitação de que pudesse ser literalmente interpretada, chegando-se aos nossos dias em que a lei é um referencial para o juiz decidir, em cujo âmbito de aplicação — em particular quando haja cláusula geral ou conceito vago — se reconhece um espaço largo para a atividade jurisdicional.

Na pauta originária da pregação e da consolidação do liberalismo individualista, podem-se apontar os seguintes pontos: 1<sup>a</sup>) a lei, a que estão submissos Executivo e Justiça, “tem de ser igualmente obrigatória para todos”; 2<sup>a</sup>) pretendia-se que as “leis do Estado correspondessem às leis do mercado:...”.<sup>16</sup> **Jürgen Habermas** observa que, com a transformação socioestatal, do Estado liberal de Direito para o Estado social-democrata, conquanto se tenha operado através da continuação do mesmo Estado, necessária se reve-

---

16 Ver HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública** (investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa). Rio de Janeiro, 1984. p. 100-102.

lou a intervenção deste, que veio a pretender realizar a “justiça”, diante do “esvaziamento” da concepção liberal de dois dos seus elementos chaves: a) “a generalidade como garantia da igualdade”; b) “a correção”, isto é, “a verdade como garantia da justiça”, acrescentando-se que isto ocorreu “a tal ponto que o preenchimento de seus critérios formais, não bastava mais para uma normatização adequada da matéria”.<sup>17</sup>

Não é implausível enxergar-se na estrutura do processo civil clássico reflexo dessas realidades, marcado que foi pela “indiferença” em relação às situações de que ele se constituiu palco.

De certa forma, o juiz “aumentou” e a “lei” diminuiu ou seja, a figura do juiz ganhou importância e diminuiu a relevância da lei, considerada em sua literalidade; ou seja, ao juiz veio a reconhecer-se o poder de desvencilhar-se da literalidade da lei. A capacidade de penetração do juiz, em relação à lei, é que aumentou, mas certamente balizada por parâmetros. Mas, parece-nos legítimo dizer que, por causa do princípio da proporcionalidade, os textos constitucionais é que se “engrandeceram”, dentro de um contexto mais amplo e crescente de maior significação das Constituições, de tal forma que as leis disciplinadoras de direitos fundamentais haverão de concretizar mandamentos constitucionais precisamente à luz da dimensão neles cunhada. Possivelmente, a evolução da relação entre o juiz e a lei, que consistiu em que a lei passou a “jugular” menos intensamente a atividade do juiz,<sup>18</sup> deva ser vista como um *ambiente e um rumo antecedentes e mesmo necessários à possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade*.

Deve-se acentuar que, nesse itinerário, marcado pelo crescente engrandecimento da figura do juiz e do Poder Judiciário, mais “próximos” do Direito Constitucional, o que se verificou foi uma constante e crescente abertura para uma maior proteção jurisdicional, fazendo-se com que, cada vez mais, pudessem estar à disposição do juiz, no plano do processo, instrumentos mais ajustados à realização do Direito, da restauração do ilícito que houvesse ocorrido e mesmo de caminhos novos para evitar que o ilícito ocorresse ou

---

17 V. HABERMAS, Jürgen. *op. ult. cit.*, p. 262.

18 O que, principalmente, quer-se afirmar no texto é que a própria contextura das leis se modificou, passando o legislador, em pontos nodais do sistema jurídico, a utilizar-se de cláusulas gerais e conceitos vagos, deixando, então e por isso, deliberadamente *maior espaço para o juiz*. O legislador, ao fazê-lo, abandona em relação a muitos setores da vida social, por ele disciplinados, normas minuciosas e plenas de elementos definitórios de conduta, e, por isso mesmo, mais intensamente disciplinadoras da realidade objeto da legislação.

que se repetisse, e, quando verificado, que viesse a ser minimizado. A intensidade com que, além da função restauratória do ilícito, passou o Judiciário a procurar evitar *preventivamente* os ilícitos, passando a trabalhar com os chamados *ilícitos de perigo*, mostra, ainda sob esta faceta, o aumento da presença do juiz nas sociedades.

Paralelamente a isto — nos quadrantes da evolução por que passou a relação entre o juiz e a lei —, em pontos de grande importância, nos sistemas jurídicos, passou-se à utilização, cada vez mais freqüente, de conceitos vagos ou indeterminados, como já se aflorou, que, sabida, intencional e necessariamente, adjudicam maior poder ao juiz, justamente porque, em tais normas, há menos elementos definitórios da conduta. Sendo o conteúdo da norma mais vazio de elementos, correlatamente, o juiz acaba por ter de preencher espaços.

É certo que esse relacionamento entre o juiz e a lei acaba por implicar a própria releitura do princípio da separação de poderes.

### **3. EVOLUÇÃO DO PODER CAUTELAR — PODER CAUTELAR GERAL — A IMPLICAÇÃO NECESSÁRIA DA ATRIBUIÇÃO DE MAIORES PODERES AO JUIZ.**

A esse propósito, *i.e.*, a respeito da circunstância de darem-se poderes mais amplos ao juiz acabar por implicar certa dose de comprometimento do princípio da separação de poderes, em relação a uma leitura rígida que desse pudesse ser feita, como já o foi, ou, pelo menos, que este princípio seja concebido de outra forma, é interessante lembrarmos o assunto que a esse propósito foi discutido na Itália.

Muito se discutiu a respeito de haver, no Código de Processo Civil italiano de 1865, o chamado *poder cautelar geral*. A resposta que predominou foi negativa. A argumentação contrária ao reconhecimento de um poder cautelar, nesse sistema, e, que se feriu em torno dessa questão, se relacionou justamente com o tema da separação de poderes, numa leitura geométrica dessa divisão, dado que se argumentava que não seria possível deixar um espaço tão grande para o juiz, tal como é o necessário ao exercício do poder geral de cautela, pois isso implicaria a própria “criação” de norma jurídica a reger a hipótese, que reclamava proteção a ser deferida pelo poder geral de cautela. E, a “criação” normativa era inviável de ser feita pelo juiz, por causa do princípio da separação de poderes que, em relação a este vedada a “edição de normas jurídicas”.

**Chiovenda**, em posição profética — mas vencida à época, quando seu entendimento antagonizou-se com o entendimento sucessivo de **Calamandrei**, autor de obra clássica (1936)<sup>19</sup> —, sustentou a existência do poder cautelar geral, no sistema de processo italiano de 1865, a partir de pretender generalizar os elementos comuns e constantes das medidas cautelares tipificadas, ou seja, o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, estendendo esses fundamentos para um âmbito não objeto de tipificação legal, ou seja, para a área do que veio a ser conhecido como poder cautelar geral, tendo em vista a afirmação verdadeira de que, a tipificação realmente deixava fora inúmeras situações, que, já à época em que escreveu, se entendia que deveriam ser protegidas. No fundo estava subjacente ao seu pensamento a máxima **ubi eadem causa, ibi eadem dispositio**. O que **Chiovenda** escreveu acabou por se projetar no texto do art. 700 do Código de Processo Civil italiano e, igual e reflexamente, serviu de inspiração ao art. 798 do Código de Processo Civil brasileiro.

Ao lado de a sociedade reclamar um poder cautelar geral, devem ser recordadas as cautelares satisfativas ou atípicas, que, em realidade, como a própria nomenclatura evidencia, não são genuína e propriamente cautelares. Isto se vê pelos adjetivos apostos à expressão cautelares, pois estes adjetivos desnaturariam a própria substância que se reconhecia à cautelaridade, cuja função e eficácia se circunscrevia a proporcionar *segurança jurídica*, e não à produção de efeitos que poderiam ser análogos ou iguais àqueles que no processo principal podem ser produzidos em favor do autor vencedor.

À luz da noção de que cautelares existiam para proporcionar apenas segurança, tal extensão a elas atribuída, levou a que muitos tivessem a possibilidade de antecipação de efeitos análogos aos possíveis no âmbito do processo principal (cautelaridade *atípica* ou *satisfatória*) como distorcidas e extravagantes do objeto juridicamente possível a cautelaridade. É por isso que foram vistas originariamente, como anomalias, em relação às medidas cautelares, justamente porque, por estas era possível, apenas e tão-somente, proporcionar segurança. E, por essa finalidade de proporcionar ou prestar *apenas* segurança, excluía-se a possibilidade de nascerem, de cautelares concedidas, efeitos iguais ou análogos àqueles que surgiriam quando da procedência de uma ação ordinária (processo principal), ainda que, aqueles efeitos, então e em nossos dias, teoricamente, eram e são sempre provisórios.

19 CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádua: Casa Editore Dott. Antonio Milani, 1936.

Essas medidas cautelares satisfativas ou atípicas, acabaram, entre nós, gerando a antecipação de tutela, institucionalizada no Brasil, mas efeitos análogos são substancialmente realizáveis, no mundo inteiro, ainda que no âmbito das medidas cautelares.

#### 4. ALTERAÇÃO DO SENTIDO DA IDÉIA DE SEGURANÇA

A idéia de segurança, no contexto social do Direito liberal individualista, era traduzida pelo absolutismo e pela supervalorização da lei, o que ocorreu no processo e no Direito privado. Com a Revolução Francesa a burguesia “assumiu o domínio da sociedade”, apequenou o Estado (*État gendarme*= Estado polícia) e se impôs no contexto social, duradouramente, através do instrumento do império da lei, no que estava implicado o “controle” dos parlamentos, num ambiente social de liberdade radical.

Dentre os elementos que devem ser levados em conta, em relação aos séculos passado e retrasado, portanto, está a análise e compreensão do Liberalismo e de toda sua significação. Nessa época, tendo em vista a idéia de liberdade dos indivíduos, a que foi correlata a de um Estado apequenado, o instrumento fundamental de realização do sistema foi a lei, transferido que foi o poder político do rei para o do povo, e a lei era tida como se realmente fosse a expressão da vontade geral.

A burguesia “desconfiava” dos juizes, por causa de sua proximidade com a precedente classe dominante, a nobreza, uma vez que grande parte do conjunto de magistrados havia sido recrutada no regime anterior. (*Ancien régime*)

Esta situação resultou na hegemonia sufocante do Parlamento em detrimento da posição apequenada do Judiciário. A evolução sucessiva vem mostrando uma inversão nesse relacionamento, com o “crescimento” do Poder Judiciário.

A lei assegurava a liberdade e não permitia decisão arbitrária do Poder Executivo e nem dos juizes, como, ainda, fazia respeitar a igualdade, ainda que apenas de forma abstrata, e permanentemente, no patamar exclusivo da igualdade formal, como, ainda e principalmente, ensejava segurança. Por esta, entendia-se assegurarem-se situações precedentemente constituídas, (= manutenção do **status quo**) e, bem assim, proporcionar apreciavelmente bem a “previsão do futuro”, sem alterações substanciais. Assim, eram mais

fáceis de serem feitos e mais seguros os prognósticos sobre a interpretação do Direito.

Diante desse papel da lei, era compreensível que não se pudesse reconhecer ao juiz um espectro maior de liberdade quanto à sua interpretação. Nos momentos próximos à Revolução Francesa, chegava-se a negar ao juiz o poder de interpretar a lei. Durante muitas décadas sucessivas prevaleceram, como limites à hermenêutica, aqueles que confinavam o juiz a indagar a respeito da vontade do legislador, ou seja, circunscreveu-se a possibilidade de interpretação à inteligência literal dos textos. Somente no fim do século retrasado, é que esse quadro veio modificar-se. À luz de tais premissas, que praticamente vinculavam o juiz à interpretação literal da lei, era impensável que se pudesse cogitar de um poder cautelar geral do juiz, que tinha a força de gerar normas protetivas para determinadas situações, e, ainda, proporcionava condições de o juiz resolver situações muito mais profundamente, com medidas cautelares satisfativas ou atípicas, situação esta que se constituiu na base para a antecipação de tutela, entre nós.

Paralelamente, como se aflorou, nos pontos centrais do tecido legislativo, preponderavam normas mais minuciosas, com mais elementos definitórios das situações/conduitas em que deveriam incidir, de tal sorte que essa técnica legislativa estabelecia condições normativas para melhor controle do juiz, *i.e.*, preponderância radical da ***mens legislatoris***. Ainda que fossem utilizados conceitos vagos, estes não se alojavam em pontos capitais do sistema jurídico, diferentemente do que atualmente ocorre.

Deve-se ter presente que, no meio da década de 1880 cristalizou-se alteração no que diz respeito à hermenêutica, reconhecendo-se ao juiz um campo maior de atuação, falando, então, em interpretação sociológica. Precedentemente a essa época, ancorados os juristas nos referenciais originários da Revolução Francesa, admitiam, apenas, que se interpretasse a vontade do legislador. Proximamente ao fim do século XIX, mercê dos trabalhos de **Wach, Binding e Kohler**, quase simultâneos, verificou-se a inviabilidade, porque não mais atendia aos anseios sociais dominantes, de uma tal limitação na hermenêutica, passando-se, então, a cogitar de hermenêutica, gravitando, agora já não mais em torno da vontade do legislador, senão que procurando entender a vontade da *lei*.<sup>20</sup>

20 Ver sobre isto: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 42-43. Tradução da 6. ed. alemã.

Não foi pequena, como já se lembrou, a desconfiança dos legisladores franceses em relação aos juizes. Em decorrência disso, acabou-se restringindo a atividade jurisdicional, especialmente no que diz respeito à interpretação, a um âmbito estrito, pois que o juiz era tido como um ser inanimado e não deveria ser senão, que a boca da lei. A Corte de Cassação francesa nasceu como órgão anexo ou auxiliar do *Corps Legislatif*.

Refere-se **Mauro Cappelletti**<sup>21</sup>, aos limites possíveis ou ao âmbito limitado da interpretação. Pode, neste particular, atentos às origens do Tribunal de Cassação francês, decorrente da lei de 19.11.1790, dizer-se que o escopo da atividade jurisdicional (no dizer de **P. Foriers**) era o de assegurar-se “um controle da lei, do seu conteúdo, de sua observância (...) com o fito de salvaguardar a obra legislativa.”<sup>22</sup> Em relação ao que se disse, deve-se remarcar que o objetivo era o preservar a lei, precisamente como havia sido editada. “De certa forma”, nesse contexto, ficava fora da possibilidade de um controle eficiente o Direito Constitucional, como irá se acentuar. É o que observa **Mauro Cappelletti**, debitando essa situação em face da ausência, na Europa, de um sistema eficaz de controle da constitucionalidade.<sup>23</sup>

Essa idéia de “proteção da lei”, todavia, cedeu passo à de enxergar-se na lei um instrumento mais atualizado em relação ao tempo de sua aplicação, perquirindo-se mais a **ratio legis**, com vistas a atender às necessidades contemporâneas ao momento de aplicação da lei.

Disse **Georges Ripert** que, com o Código de Napoleão, o reinado do Direito começava e que o Código Civil francês foi, durante muito tempo, havido como intangível, dizendo um outro autor que nesse Código somente se pode-

21 Cf. CAPPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis do direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris ed. 1992. cap. I, par. 4<sup>o</sup>, p. 40 e ss.

22 Ver PERELMAN, Chain. *Logica giuridica – nuova retórica civiltà del diritto*, Milano, v. 39., n. 26, p. 75, 1979.

23 V. Mauro Cappelletti. “*Le Pouvoir de Juges*” (coletânea de trabalhos), traduzidos para o francês pelo Professor **René David**, Paris, 1990. ed. Presses Universitaires d’Aix-Marseille e Economica. V. o estudo “*Le Pouvoir Judiciaire dans un État fédéral*”, p. 284, nota 4, onde diz: “*De même l’absence d’un contrôle judiciaire de constitutionnalité a été l’une des principales raisons qui ont rendu vain en Europe, au XIX<sup>ème</sup> siècle et dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle les efforts faits pour assurer la suprématie du droit constitutionnel et limiter de façon efficace les pouvoirs du Parlement*” (v. também, no mesmo trabalho nota 17, p. 289, em relação à Suíça, onde há ausência de controle sobre a constitucionalidade, senão que, apenas, há controle “*sur la conformité des lois cantonales au droit fédéral*”; e, nota 28, p. 291, noticiando os esforços desenvolvidos na Áustria e Alemanha, esta com a Constituição de Weimar, para colmatar a lacuna ou alterar essa situação).

ria tocar “com a mão trêmula”.<sup>24-25</sup> A idéia de segurança ligava-se em grande parte à de *previsibilidade* e muito mais à de *manutenção do status quo*.

Diante desse quadro e tendo este sido um sistema concebido para a burguesia, que representava o poder econômico, nada se pedia ao legislador, senão a liberdade.

## 5. O PLANO DO DIREITO CONSTITUCIONAL — O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Sabe-se que nas sociedades contemporâneas não existe mais a crença no sentido de que a lei seja reflexo “genuíno” da vontade do povo. De fato, em sociedades extremamente heterogêneas, em que não se enxerga com nitidez uma classe dominante e uma classe dominada, ficam fundamente comprometidas e rarefeitas as noções de bem/mal, justo/injusto, certo/errado.

A freqüente e incessante inclusão de camadas sociais, antes marginalizadas, na sociedade institucionalizada, somada à hoje já não mais rara alternância de grupos nos centros decisórios, retirou da dogmática jurídica tradicional a aptidão plena para resolver os conflitos. A dogmática tradicional é a que se operacionalizou a partir e em função do modelo liberal do Direito e do Estado.

É oportuno lembrar-se que o acesso à justiça, objetivo que há muito vinha sendo almejado, somado aos aspectos que caracterizam as sociedades contemporâneas, há pouco referidos, vem demonstrando com inclemente clareza a insuficiência do sistema positivo, visto sob a ótica da hermenêutica mais conservadora, para gerar satisfação social no que diz respeito aos problemas jurídicos.

Assim, e nesse contexto, os princípios, cuja inclusão nos Códigos antes não tinha senão a finalidade de evitar o *vazio normativo* (como quando se necessitasse de um princípio, para resolver um problema jurídico, se estivesse resolvendo-o com a lei, já que esta o encampava expressamente), passaram a adquirir importância realmente digna de nota. O reconhecimento de que os princípios jurídicos integram o sistema, imprimindo-lhe coesão e harmonia, desempenhando o papel de vetor interpretativo e outras funções re-

---

24 Ver a respeito: RIPERT, Georges. *Led déclin du droit: études sur la législation contemporaine*. Paris: LGDJ, 1949. n. 2, p. 2 e ss.

25 Ver a respeito: RIPERT, *op. cit.* p. 3.

levantes, se prestou a oxigenar e flexibilizar a teia normativa, sem comprometer definitiva e indesejavelmente o valor segurança, já que são dotados de dose de objetividade suficiente para servirem como parâmetros de controlabilidade dos erros/acertos das decisões judiciais.

Nesse ambiente é que ganhou relevo o princípio da proporcionalidade, por muitos identificado como coincidente com o princípio da razoabilidade<sup>26</sup>.

Com a incidência do princípio da proporcionalidade, sela-se uma *solução de compromisso* cujo resultado é dar mais valor, *numa dada situação concreta* a certo princípio/valor, em detrimento de outro, sem que, com isso, se deva necessariamente repetir a operação no futuro, para um caso ou situação diferentes. O princípio da proporcionalidade incide de molde a resolver o caso de acordo com as suas peculiaridades, como que indicando a solução que se amolde de maneira perfeita às circunstâncias.

É interessante observar que sendo afastada a incidência de um princípio num determinado caso concreto, em favor de outro, aqueles que foram afastados se mantêm íntegros em sua validade, embora diminuídos em sua eficácia, o que ocorre pontual e circunstancialmente<sup>27</sup>.

Hoje se entende que não há necessidade de que o princípio esteja explicitamente positivado, para que se o considere integrante do ordenamento jurídico. Na verdade, saber-se se o princípio existe num dado ordenamento jurídico, é, em primeiro lugar, *intuído*, via de regra pela análise do direito posto. Depois, se constata que este pode ser “legitimado” historicamente, e, por último, se verifica se este é “fêcundo” (a manifestação abundante de certo princípio é prova inequívoca de sua existência) aqui<sup>28</sup>.

Parece, entretanto, irreversível a tendência no sentido de que os princípios sejam abrangidos pelos textos das Constituições ou, quando não positivados, reconhecidos como princípios de índole ou caráter constitucional.

26 Há autores, como **Luiz Virgílio Afonso da Silva**, que se preocupam em afirmar que não se trata de um mesmo princípio. Observa, na verdade, que rigorosamente a regra da proporcionalidade não seria propriamente um princípio, já que é aplicada de forma constante e não entra em conflito com os demais princípios. Diz que proporcionalidade e razoabilidade são conceitos próximos, mas não idênticos. Notícia que no Direito a razoabilidade nasceu da irrazoabilidade. Era razoável aquilo que não era escancaradamente irrazoável. Trata-se, portanto, de um princípio muito mais simples do que o da proporcionalidade, cuja discussão é bem mais recente (O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50.).

27 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 54.

28 PANUCCIO, Vincenzo. **Saggi di metodologia giuridica**. Milão: Guiffè, 1995. p. 46.

Foi o que ocorreu com o princípio da proporcionalidade: concebido ou engendrado no seio do Direito Administrativo, foi, paulatinamente, migrando para o âmbito do Direito Constitucional, em que hoje se insere.<sup>29</sup>

A impressão que se tem é a de que a crença, de que antes se falou, que precedentemente tinha como objeto a *lei*, hoje se terá, pelo menos parcialmente, transferido para as Constituições e para os princípios de **status** constitucional.<sup>30</sup>

Depois da Segunda Guerra Mundial é que adquiriu maior relevância o plano da interpretação constitucional.<sup>31</sup> O princípio da proporcionalidade, numa de suas mais significativas facetas, consiste justamente em avaliar uma dada lei à luz de valores constitucionalmente consagrados (em particular, os que são representativos de direitos fundamentais). E, mercê desta avaliação, objetiva-se verificar se o regime jurídico infraconstitucional bem regulou o assunto, vale dizer, se o legislador ordinário, ao concretizar os valores constitucionais (dos direitos fundamentais que possam aparentemente se antagonizar), bem dimensionou esses valores consagrados, ou, ao contrário, exorbitou, aumentando indevidamente um valor constitucionalmente consagrado, em detrimento de outro, igualmente protegido.

29 No limiar do século XIX era possível perceber certa confusão entre atividade policial e âmbito do Direito Administrativo. A limitação do poder estatal era vista como uma mera garantia da integridade física e moral. **Otto Mayer**, há muitos anos, referia-se a uma proposição de validade geral, através da qual se vedava à força policial ir além do necessário e exigível para a consecução de sua finalidade, referências estas sempre relacionadas à atividade policial, colhíveis na literatura da primeira metade do século passado.

30 Nesse sentido, **Lenio Streck**: “Conseqüentemente, é inexorável que, com a posituação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*. O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes de Estado, levando-o transcender as funções de *checks and balances*, ou seja, como bem lembra **Vianna** (VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 270 p.), *mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário, na tese substancialista, deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade geral implícita no Direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente*”. (**Hermenêutica jurídica (m) crise**, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 46).

31 É o que se vê em **Clémerson Merliu Clève**: “Na mesma linha, acrescenta-se a lição de **Clève**, para quem os dados normativos da Constituição, aliás, não de qualquer Constituição (a do Zaire, por exemplo), mas de uma Constituição como a brasileira de 1988, devem ser potencializados por uma dogmática constitucional democrática. Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, aplicação). O como elaborar isso juridicamente, esta é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição uma Lei Fundamental integral. Não se pode correr o risco de fazer dela uma Constituição normativa na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam a emancipação”. (**A fiscalização abstrata da constitucionalização no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 209-210).

Este poder interpretativo realmente redimensiona a atividade jurisdicional, por isso que passa a caber ao Judiciário, e, de uma maneira especial, às mais altas cortes de um sistema jurídico, no julgamento de inconstitucionalidade, a avaliação dos meios de que se serviu o legislador ordinário, em relação à concretização de determinado valor constitucional.

## **6. CONSCIENTIZAÇÃO DOS JURISTAS E DAS SOCIEDADES EM RELAÇÃO À DA POSIÇÃO FUNDANTE DA CONSTITUIÇÃO**

Em relação à validade, eficácia das normas que envolvem os valores que são vocacionados a prevalecer em sua inteireza, particular e especialmente, os direitos fundamentais, encontra espaço o princípio da proporcionalidade, albergado que está, em nosso sistema constitucional, dentro da cláusula do devido processo legal.

Trata-se de potente instrumento de calibração ou mensuração das leis, em atenção à dimensão do valor constitucional de direitos fundamentais, principalmente, tendo em vista como e de que forma as leis disciplinam tais valores constitucionais. Este princípio orienta para que se faça a avaliação da lei à luz do Direito fundamental, para verificar-se se restrições que essa lei possa ter oposto ao Direito fundamental se justificam.

A significação fundante do Direito Constitucional que se veio acentuando, nos últimos tempos, não deixa de ser senão o reconhecimento enfático do primado do Direito Constitucional (que preexistia a esta postura contemporânea, hoje muito mais consciente do que no passado), o que conduziu a uma renovada visão da Constituição e do “seu peso” sobre o ordenamento, que nela encontra sua legitimidade. É por isso que essa posição eminente ganhou uma renovada significação. Lembrou, com oportunidade ímpar, o Ministro Moreira Alves, quando da instalação da Constituinte que: “De há muito se encontra no pensamento jurídico o postulado da supremacia de normas fundamentais. Sob formas diversas, ela já existe na Idade Média. A distinção, na França, de leis do rei e de leis do reino remonta, quando menos, ao século XV”.<sup>32</sup> (ver notas 2 e 3) E, pode-se agregar que, dentre essas, avultam as normas em que se prevêem direitos fundamentais.

---

32 Ver ALVES, Moreira. Discurso de instalação proferido ao ensejo da instalação da Assembléia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, v. 24, n. 83, jan./mar. 1987, p. 5.

Há por isso de remarcar-se que “Judiciário [pode] proceder até ao exame da lei — dentro do contexto de avaliar a sua constitucionalidade, *i.e.*, em função da compatibilidade dos meios nela idealizados pelo legislador (=legislador ordinário) para atingir determinado fim, entre as opções políticas que lhe eram possíveis quando da elaboração da lei”.<sup>33</sup>

Num dos pólos do confronto, coloca-se um direito fundamental (=previsto em texto constitucional) e no outro uma lei, àquele texto relacionada. Esta lei é avaliada em função das opções políticas — que presidem as possibilidades de disciplina ordinária de concretização daqueles valores — que se colocavam para o legislador, para (i) realizar o Direito fundamental, sem que o legislador ordinário (ii) indevidamente (inadequadamente, desnecessariamente) diminua o âmbito do Direito fundamental.

Se se tratar da disciplina ordinária de um Direito fundamental, em relação ao qual possa haver outro Direito fundamental que, aparentemente, juntamente com aquele possa ocupar o mesmo espaço, o legislador ordinário deverá bem sopesar qual a grandeza de ambos os direitos fundamentais, e regular um deles ou ambos, sem que, nessa disciplina infraconstitucional, se atrofie qualquer um deles. *A lei ordinária deve ser uma rigorosa projeção no plano da legislação do que foi constitucionalmente previsto.* Por outras palavras, deverá concretizar na disciplina infraconstitucional a dimensão do Direito fundamental ou dos direitos fundamentais cunhados ou concebidos na esfera constitucional.

## 7. CRITÉRIOS CENTRAIS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Parece-nos que os critérios a informar e mobilizar o intérprete do Direito Constitucional, são os seguintes, tendo em vista a exegese recomendada por **Konrad Hesse**: 1) ter sempre presente e preservar a unidade da Constituição;<sup>34</sup> 2) os bens jurídicos têm de ser coordenados, ou seja, deverá da exege-

33 Cf. o trabalho de BARROS, Luzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 25.

34 A noção de unidade do sistema jurídico é antiga e os mais autorizados autores, antigos e mais modernos, sempre a sublinharam. Vale sublinhar, por exemplo, dentre muitas das observações de **Santi Romano**, que as leis, constitutivas de um sistema, encontram-se, justamente porque inseridas nesse sistema submetidas a uma idéia de unidade, que marca os ordenamentos jurídicos, mesmo porque, aduzimos nós, parece ser incompreensível um sistema sem unidade (v. amplamente, ROMANO, Santi. *L'Ordinamento giuridico*. 2. ed., reimpressão. Firenze: Sanzoni, 1951. par. 2-3, p. 12 e ss.). Esse sistema, assim unitariamente compreendido, é informado por seus princípios (princípios guias, como os chamou **Savigny**, sem os quais torna-se difícil ou inseguro resolver os problemas). (Veja-

se resultar uma concordância prática, em que se expresse a convivência dos mesmos; 3) ao se interpretar uma norma constitucional — constantemente, e, no caso destas considerações isso se passa precipuamente — há que se fazer com que os diversos bens se equilibrem.<sup>35</sup>

Outro notável autor — **Klaus Stern** — ressalta, igualmente, a idéia de unidade, o que conduz a que haja a Constituição de ser interpretada “sem fissuras e sem contradições”; aduzindo, ademais, que ao intérprete incumbe solucionar a relação de tensão recíproca existente entre as normas, harmonizando-as.<sup>36</sup>

## 8. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA, PARTICULARMENTE A DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Um dos primeiros casos julgados, mas possivelmente não o *leading case* no Brasil, a respeito de referência ao princípio da proporcionalidade, então rotulado de “razoabilidade” ocorreu no julgamento da Representação por Inconstitucionalidade n. 930/DF, julgada em 05.05.1976, Relator para o acórdão Ministro **Rodrigues Alckmin**. Dizia respeito à disciplina, por lei, da profissão de corretor, tendo sido havida, essa disciplina, como injustificável (=injustificavelmente ou desarazoadamente restritiva). Por outras palavras, dir-se-ia hoje que as restrições ao exercício da profissão de corretor, à época, eram injustificáveis, porque nada de especial ou particular era requerido para esse exercício, e, à luz do direito do livre exercício, albergado pelo texto constitucional, as restrições acabavam por desrespeitar a

---

se de SAVIGNY. *Vom beruf unserer jur gesetzbung und rechtswissenschaft*. Heildeberg: Ed. Mohr u. Zimmer, 1814. p. 22. na tradução espanhola. SAVIGNY. *Dela vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Buenos Aires. Biblioteca Jurídica Atalaya, [18-?]. cap. II, p. 51.). O que nos parece, casando-se estas noções com a do princípio da proporcionalidade, é que através deste “acomodam-se” as situações objeto de regulação por lei ordinária aos mandamentos superiores da Constituição, especialmente, tendo em vista os direitos fundamentais, de tal forma que o sistema constitucional possa prevalecer. Pode-se dizer que esse princípio preside em inúmeras hipóteses o relacionamento existente em o sistema constitucional, para o fim de que este prevaleça sobre o sistema infraconstitucional, sem falhas e em face de critérios de ponderação, que se situa na comparação dos referenciais constitucionais com os de sua concretização por lei ordinária, de tal forma que aqueles não sejam, injustificadamente mutilados.

35 Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge der Bundesrepublik Deutschland* ou Lineamentos fundamentais do Direito Constitucional da República Federal alemã. Heidelberg: Ed. Muller, 1988. cap. 4, par. 2º, ns. 77 ss; ns. 79 ss; Na tradução espanhola, HESSE, Konrad. *Escritos del Derecho Constitucional*, Madrid: Ed. do Centro de Estudios Constitucionales, 1983. ns. 74 ss. e 79 ss., p. 50-57.

36 Cf. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. Munique: Beck'sche, 1984. cap. III, par. 4º, n. 8. p. 131. Na trad. espanhola parcial. STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1897. p. 290-291.

grandeza e a dimensão do significado desse livre exercício. Consta do acórdão a indagação: “Que adiantaria afirmar livre o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?”. Tratava-se de disciplinar a profissão de corretor — partindo-se, por certo, da premissa material assumida pelo acórdão e que se há de ter como verdadeira — para cujo exercício não era sequer exigida “capacidade técnica”, o que tornava sem sentido determinadas exigências da lei.

Antes desse caso, pode-se identificar hipótese ainda mais antiga, a do julgamento no RE n. 18.331, Rel. Min. Orozimbo Nonato, publicado na Revista Forense vol. 145 (1953), pp. 164 e seguintes, que versava sobre o poder de taxar. O que nesse acórdão, firmou-se que o poder de taxar não pode chegar ao ponto da destruição da atividade objeto da taxação. Este entendimento que é, por certo, lastreado em elementar *bom senso*, já era antigo e pode-se dizer constituir-se em princípio constitucional do Direito norte-americano.<sup>37</sup>

Deve-se, mais recentemente, também fazer menção à — Representação n. 1.077,<sup>38</sup> em que se enfrentaram os limites da taxa judiciária, com largo desenvolvimento. Firmou-se o entendimento de que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade”.

Em fevereiro de 1968 (STF, Ministro Themístocles Cavalcanti, HC 45.232, RTJ 44, pp. 322 (327-328), analisou o art. 48, do Decreto-Lei n. 314, de 1967. O STF reconheceu que a restrição aí contida revelava-se desproporcional (excedente, ou, descabidamente excedente, aos efeitos da condenação), dado que aí se proibia que o acusado de prática contra a Segurança Nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada.

O STF, ao julgar a arguição de inconstitucionalidade do art. 5<sup>o</sup> e seus parágrafos e incisos, da Lei n. 8.713, de 30.09.1993, disciplinadora da participação de partidos políticos nas eleições presidenciais, utilizou-se do princípio da razoabilidade (assim nominado no acórdão), ou seja, decidiu que:

(a) a Lei n. 8.713 fere o princípio constitucional do devido processo legal [sede do princípio da proporcionalidade];

37 V. DORIA, Antonio Roberto Sampaio.

38 Representação n. 1.077/STF.

(b) esse princípio abarca a falta de razoabilidade de uma norma;

(c) Consta do voto do Ministro Moreira Alves: “Por isso mesmo, já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade” [permite o acórdão que se sublinhe a similitude ou proximidade entre o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade].

(d) são — os textos em causa, da Lei n. 8.713 — dispositivos de exceção; ou seja, continua o voto: “...partem de fatos passados, já conhecidos pelo legislador quando da elaboração da lei, para criar impedimentos futuros e, portanto para cercear a liberdade desses partidos políticos”.

(e) questiona-se, o Ministro Moreira Alves, se seria possível estabelecerem-se restrições ao pluripartidarismo, deixando de enfrentar a questão, na hipótese, porque rigorosamente impertinente, mas concluindo: “Fico apenas nesse outro, que é o da falta de razoabilidade desse princípio”.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, mais recentemente tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas.<sup>39</sup> De outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem prestigiado normas que não se revelam arbitrárias ou irrazoáveis em suas prescrições, em suas determinações ou em suas limitações: “A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material (*substantive due process of law*). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.” (ADIn n. 1.407/DF, Rel. Min. Celso de Mello).

39 Veja-se a ADIn n. 1.063/DF, Rel. Min. Celso de Mello — ADIn n. 1.158/AM.

Conclui-se, portanto, que, superado esse limite, e exteriorizando a norma legal conteúdo tisdado pelo vício da irrazoabilidade, vem o legislador, em tal anômala situação, a incidir em causa configuradora do excesso de poder, o que compromete — especialmente naquelas situações em que a lei se reduz à condição de deliberação estatal totalmente opressiva e arbitrária — a própria função jurídico-constitucional dessa espécie normativa.” (ADIMC-n. 1.755, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 04.02.1998, p. 1).

Manifestou-se no STF o Ministro Moreira Alves: “Começo pelo princípio constitucional do *due process of law*, oriundo do Direito norte-americano, de conceito tão impreciso que o *Justice Felix Frankfurter* chegou a afirmar que a sua essência não admite os limites inseguros de uma conceituação: que os exemplos de sua aplicação e de seus significados em manual jurídico (...). E mais: conceito que tem variado no tempo, perdendo seu significado primitivo (que foi acolhido nos EUA por cerca de um século) restrito ao campo dos procedimentos irregulares e iníquos das autoridades executivas e judiciárias especialmente no terreno processual penal, para, paulatinamente, passar a permitir que o Poder Judiciário declare como inconstitucionais — e nos Estados Unidos da América só há esse controle no caso concreto —, leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão que possam ferir, indiretamente direitos constitucionais.” (Voto do Ministro Moreira Alves na ADIn n. 223, RTJ 132/571)

## 9. DADOS HISTÓRICOS

Talvez países como a Alemanha, Espanha e Portugal, que, francamente (em especial a Alemanha) têm se valido desse princípio, tenham nele encontrado uma forma, sucessiva a ditaduras duríssimas, de se assegurar quanto à exigência de ser considerado um conteúdo necessário mínimo de direitos inerentes ao homem. Em especial a da Alemanha “como era de se esperar depois do nacional-socialismo e da guerra, fez [a Alemanha] uma clara profissão de fé na dignidade da pessoa humana e admite, implícita ou explicitamente, que o direito natural limite o poder do Estado” para a preservação de determinados valores, justamente essenciais ao homem, ou seja, direitos fundamentais

Entre nós, há tempos, **San Thiago Dantas**<sup>40</sup> enfrentou o problema da lei arbitrária, que possa reunir formalmente todos os elementos da lei, mas fere

40 DANTAS. Santiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*, contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. *Revista Forense*, v. 116, ns. 537/538, p. 357-367. mar/abr. 1948.

a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso que impõe a certos casos, ... mas — sublinhava à sua época — ser “um problema de grande dificuldade teórica e de relevante interesse prático”.

Ainda **San Tiago Dantas** afirmou que: ‘Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável e os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos, reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios, cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbitrário, traduzida na idéia de ‘lei injusta’.

Na Alemanha, onde se construiu requintadamente o princípio, chegou-se a decidir que:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o Direito fundamental” (decisão do Tribunal Constitucional, 30:292, de 16.03.1971 caso do petróleo)<sup>41</sup>.

**Gilmar Ferreira Mendes**, ainda, noticia a seguinte decisão: “No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais”<sup>42</sup>.

Na Itália, desde 1953 havia texto tratando do assunto, em que se afastava um exame inspirado no princípio da proporcionalidade: Lei 87, de 11.03.1953: “Art. 28. “...il controllo di legittimità della Corte Costituzionale su una legge esclude ogni valutazione di natura politica ed ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale”.

Pode-se dizer que o panorama foi alterado em função da inserção da Itália na Comunidade Européia, pois a Itália aderiu a convenções internacionais com valor de lei ordinária, internamente. Na Convenção de Roma (Con-

41 Decisão citada por MENDES, Gilmar Ferreira, **Controle da Constitucionalidade**, p. 43.

42 Novamente, **ibid**

venção Europeia de Direitos Humanos – CEDH) previu-se que: “Art. 18. “As restrições que, nos termos do presente Convênio, se imponham aos citados direitos e liberdades não podem ser aplicadas senão com a finalidade em relação à qual hajam sido previstas”

A situação italiana foi visivelmente influenciada por decisões da Corte Internacional de Direitos Humanos e hoje, se fala, na Corte Constitucional, em “*idoneità, necessità e proporzionalità del provvedimento*”<sup>43</sup>.

O princípio da proporcionalidade, na Espanha, é largamente adotado pelo Tribunal Constitucional em diversas sentenças, e, dentre essas, as de 23.05.1985 e a de 16.02.1988, no âmbito de recurso de amparo: “*la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a sua enjuiciamiento en este Tribunal cuando esta falta de proporción implica un sacrificio innecesario de los derechos que la Constitución garantiza*”.

Em Portugal, diz a Constituição de 1976: “Art. 18. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

#### **10. UM CASO CONCRETO POR NÓS ESTUDADO COM ARGUMENTAÇÃO CENTRAL NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Foi submetido à nossa análise caso interessante e a solução, por nós proposta, baseou-se, ao lado de diversos argumentos, destacada e fundamentalmente, no princípio da proporcionalidade.

A questão central, que nos incumbia resolver, dizia respeito à necessidade de fixação de preços individuada e diretamente nos produtos que estavam à venda (um a um) em supermercados, porque isso seria exigido pelo Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.

O Código de Proteção e de Defesa do Consumidor prescreve no seu art. 6º, um espectro amplo de proteção ao consumidor. Diz o texto:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - (...)

II - (...)

---

43 ZAGREBELSKY, G. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1984, passim.

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; ...”

Mais minudentemente, o mesmo diploma a respeito da transparência com que devem ser apresentados os produtos, em particular o preço, regula o assunto no seu art. 31.

Dispõe esse texto:

“Art.31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores”.

À luz dessa disciplina, houve por bem decidir o então Ministro da Justiça que era imprescindível, para dar cumprimento à lei, que “os preços [fossem fixados individualmente] diretamente nos produtos expostos à venda. Oriento, por derradeiro, o Sistema Nacional de Defesa — Consumidor, a agir de acordo com o teor da precitada manifestação do DPDC”.

Procurou-se demonstrar, com base na legislação comparada, que essa exigência, através da qual, no Brasil, necessariamente se traduziria a transparência a que se referiria o art. 31, do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor não existe, porque realmente nada de similar foi imaginado por nenhum legislador estrangeiro. Vale dizer, por um critério de comparação procurou-se demonstrar que uma tal exigência, extremamente penosa para o empresário-fornecedor, prejudicava o livre comércio e paralelamente não se justificava como providência protetiva útil ao consumidor.

A legislação comparada, no caso, com vistas a demonstrar que — possivelmente — nenhum país, inserido na vertente de proteger o consumidor, entendeu, por lei, o que entendeu o então Ministro da Justiça.

Em Portugal o assunto encontra-se regrado na norma em que se disciplina a “Afixação do preço nos estabelecimentos de venda a retalho”, Decreto-Lei n. 138, de 26 de abril de 1990.<sup>44</sup> O que aí se colhe de útil ao confronto, está

---

44 BRAGA, Armando (comp.). *Legislação de defesa do consumidor*. Porto: Porto Ed., 1994. p. 310-314.

nos arts. 1º e 5º, desse diploma: “Art. 1º. 1. Todos os bens destinados à venda a retalho devem exibir o respectivo preço de venda ao consumidor”. E, em relação às formas de indicação do preço (art. 5º, 1), há referência ao “modo inequívoco, fácil e perfeitamente legível, através da *utilização de letreiros, etiquetas ou listas, por forma a alcançar a melhor informação para o consumidor*”.<sup>45</sup> No art. 5º, 2, letras **a a c, e**, bem assim, em face do art. 5º, 3 e 4, verifica-se que a situação retratada nestes autos se acomodaria dentro do que do diploma português consta.

Na França, disciplina-se o assunto dentro de requisitos em relação aos quais se encartaria, indubitavelmente, a situação retratada, e, que, tal como em Portugal, indicam a **ratio legis**, que é também e a mesma, da que está nos arts. 6º, III e 31 do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor, não se vislumbrando sequer indiretamente texto do Direito Comparado que pudesse sugerir coincidência com a determinação do então Ministro de Estado.

Regula o tema, no direito francês, o “*Arrêté*” de 3 de dezembro de 1987.<sup>46</sup> O que se lê no art. 1º é que “*Toute information sur les prix des produits ou des services doit faire apparaître, quel que soit le support utilisé, la somme totale, toutes taxes comprises, qui devra être effectivement payée par le consommateur, exprimée en monnaie française*”.

45 É o seguinte o teor desse Art. 5º. 2, 3 e 4 (colhido da obra “Legislação de Defesa do Consumidor”, *cit.*, p. 311):

“Art. 5º Formas de indicação do preço.

2. Para efeitos do disposto no número anterior considera-se:

a) *Letreiro* — todo o suporte onde seja indicado o preço de um único bem ou serviço;

b) *Etiqueta* — todo o suporte apenso ao próprio bem ou colocado sobre a embalagem em que este é vendido ao público, podendo, no entanto, ser substituída por inscrição sobre a embalagem, quando a natureza desta o permita;

c) *Lista* — todo o suporte onde sejam indicados os preços de vários bens ou serviços.

3. Só podem ser usadas as listas quando a natureza dos bens ou serviços torne materialmente impossível o uso de letreiros e etiquetas ou como meio complementar de marcação de preços.

4. Em qualquer caso, a indicação do preço deve ser feita na proximidade do respectivo bem ou no local em que a prestação do serviço é proposta ao público, de modo a não suscitar qualquer dúvida ao consumidor.

5. Os bens ou prestações de serviço, vendidos ao mesmo preço e expostos ao público em conjunto, podem ser objecto de uma única marcação de preço.

6. Quando o preço indicado não compreender um elemento ou prestação de serviço indispensável ao emprego ou à finalidade do bem ou serviço proposto, essa particularidade deve estar explicitamente indicada”.

46 CODE de la consommation 12. ed. Paris: Dalloz. 1997. Anotações de jurisprudência do professor Jean Calais-Auloy, p. 35-38.

O Art. 1<sup>o</sup>, 4, reza, a seu turno: “4. *Le prix de tout produit destiné à la vente au détail et exposé à la vue du public, de quelque façon que ce soit, notamment en vitrine, en étalage ou à l'intérieur du lieu de vente, doit faire l'objet d'un marquage par écriteau ou d'un étiquetage*”.

Na Espanha, igualmente, o entendimento em relação à disciplina do assunto, ou seja, o da Lei n. 26, de 19 de Julho de 1984, editada para regulamentar o art. 51, da Constituição espanhola, jamais poderia servir de suporte ao entendimento firmado pelo Ministro de Estado. Essa lei *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, em seu art. 13, 1, **caput**, estabelece que em relação a bens, produtos, e, sendo o caso, serviços, postos à disposição dos consumidores e usuários dever-se-á “*llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, y al menos sobre las siguientes: ...*” E, no art. 13, 1, letra **d**, consta: “*Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares*”.<sup>47</sup> A propósito da exegese deste art. 13, 1, diz-se que ao prescrever o texto que o produto ou serviço “*deberán incorporar, llevar consigo o permitir*”, querendo-se significar com isto que “*Dentro de estas genéricas previsiones caben todo tipo de formas de presentación de información. Como ha dicho Pérez Garcia, el legislador ha querido agotar todas las posibilidades de relación de la información con el producto*”, o que quer dizer é que, cumprida a finalidade da lei, ou implementada no plano empírico a sua **ratio legis**, a informação será havida como idônea, clara, precisa e inequívoca.<sup>48</sup>

47 Colhido o texto da obra coordenada pelos Professores BERCOVITZ, Rodrigo; SALAS, Javier. (Coord.). **Comentarios a la ley general de los consumidores y usuarios**. Madrid: Civitas, 1992. p. 1.117. Nesta obra encontra-se mais legislação, constando a da Galícia (Lei n. 120, de 20 de julho de 1988, lei de ‘*Ordenación del Comercio Interior de Galicia*’), por ser a Galícia dotada de Estatuto de Autonomia, competindo-lhe “*la competencia exclusiva en materia de comercio interior, ...*”. No art. 37. 1, em que se regulam os preços lê-se: “*El precio en pesetas de todo producto destinado a la venta o servicio ofertado deberá ser expuesto o exhibido al público de forma explícita e inequívoca, por unidad de las usualmente aceptadas en el mercado. En caso de ventas con cargos aplazados deberá exhibirse al menos el importe de cada plazo, el número total de ellos y la periodicidad de los mismos, y el precio total resultante*” (obra citada, p. 1.313).

48 Cf. VALLEJO, Antonio Ortí. **Derecho a la información**: comentário ao art. 13. pp. 397-427. In: BERCOVITZ, Rodrigo; SALAS, Javier. (Coord.) **Comentarios a la ley general de los consumidores y usuarios**. Madrid: Civitas, 1992. Estando o trecho referido pp. 416-417.

Na Inglaterra disciplina o assunto o *Code of Practice for Traders on Price Indications*,<sup>49</sup> que, conquanto extremamente minucioso, deixa amplíssima margem aos comerciantes quanto aos modos de indicar os preços.

Dispõe-se aí aplicar-se o “Ato de Proteção ao Consumidor de 1987”, com penalidade criminal “se a indicação de preço [for falseada] — seja na televisão ou em anúncio de jornal, num catálogo ou folheto (*leaflet*), em notícias, tickets de preço ou em letreiros em lojas, ou, então, se você fornece o preço oralmente, por exemplo, por telefone”.<sup>50</sup>

Sucessivamente, lê-se no texto do diploma inglês que: “Este Código é endereçado aos comerciantes e dispõe a respeito do que é a boa prática a ser seguida em relação à indicação de preços numa escala ampla, em circunstâncias diferentes, com vistas a que se evite apresentação enganosa na indicação dos preços. *Mas o ato não exige que você aja na forma indicada por este Código. Você pode ainda fornecer indicações de preço que não estejam previstas neste Código, desde que não haja engano nessa indicação*”.<sup>51</sup>

Nesse caso, por nós estudado, procurou-se, em seqüência à demonstração de que o entendimento em todos os países, por textos claros, em relação à transparência das informações, e, em especial, atinentemente ao preço da mercadoria, jamais poderiam ter servido de argumento em prol da juridicidade do despacho do Ministro de Estado, tal como ocorre com a lei brasileira (CDC, art. 31).

Procedeu-se, em seqüência, ao enquadramento constitucional, procurando-se referir quais os direitos constitucionais em pauta, com vistas a, em função do sopesamento, à luz justamente do princípio da proporcionalidade, avaliar a decisão do Ministro de Estado.

É preciso ter presente, no caso, que o direito à propriedade privada encontra-se, também, como Direito fundamental, no art. 170, da Constituição Federal, como aí, também, no art. 170, **caput** e 170, parágrafo único, resguarda-se a atividade econômica, que só haverá de ser coarctada, como consta do texto constitucional, por lei (art. 170, parágrafo único, CF).

Toda a argumentação, de que nos utilizamos, para opinar quanto ao presente caso, resume-se na premissa de que a lei só pode restringir os direi-

49 INGLATERRA. *Code of practice for traders on price indications*. In *Consumer law statutes*. 7. ed. [S. L.]: Monitor Press, 1990. pp. 326-337.

50 INGLATERRA. *op. cit.*, *The Consumer Protection act*. introdução. n. 1, p. 326.

51 *Ibid.*, n. 2, p. 326.

tos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar um outro Direito fundamental, havendo-se de sopesar ambos. Trata-se de linha argumentativa visivelmente orientada pelo princípio da proporcionalidade.

Invocou-se, como fundamento próximo, caso análogo julgado liminarmente, então, pelo STF, para servir de suporte jurisprudencial próximo à linha de argumentação. Tratou-se da ADIn n. 855-2; essa analogia era tanto mais próxima, porque utilizou-se, no acórdão, do *princípio da proporcionalidade*, gravitando este em torno das *garantias do consumidor*, depois da vigência do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.

Tratava-se de lei local, de Estado federado, disciplinadora de consumo, em que se impunha, na troca domiciliar de botijões de gás, que houvesse sempre pesagem “à vista do consumidor”, tanto do bujão recolhido, quando do entregue (consta da súmula da lei). Para isso haveriam os entregadores de “portar balança apropriada para essa finalidade”.

O que é perceptível do acórdão proferido no julgamento da medida cautelar da ADIn n. 855-2 — onde francamente o STF fundamentou acórdão no princípio da proporcionalidade é que, de uma parte, sustentou-se a competência da União, para a disciplina do assunto (ainda que haja previsão de competência concorrente do Estado federado), como, também, constituiu-se fundamento do acórdão, a violação do princípio da proporcionalidade (Acórdão, item 6<sup>o</sup>, do relatório; e, item 4<sup>o</sup> do voto do Relator).

Em relação ao aspecto atinente ao princípio da proporcionalidade, fundamentou-se em que as despesas que estavam implicadas, se cumprida a lei local, em decorrência das inovações por ela impostas, seriam “onerosas e de duvidosos efeitos úteis”. Ou seja, de uma parte onerariam excessivamente o fornecedor, em relação ao qual existe a previsão constitucional de *livremente comerciar*, e, de outra parte, argumentou-se também com o fato de que o que se objetivava com a lei, se cumprida, *levaria a resultados duvidosos*.