

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2023.22.13607>

## O TESTE DA PROPORCIONALIDADE NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO PERU E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Anizio Pires Gavião Filho

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre/RS, Brasil.  
<https://orcid.org/0000-0002-8152-1005>

Renata Vielmo Guidolin

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre/RS, Brasil.  
<https://orcid.org/0000-0001-8683-1048>

### RESUMO

A presente investigação tem por finalidade examinar a aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional do Peru e pelo Supremo Tribunal Federal. A questão a ser respondida é a seguinte: Como o Tribunal Constitucional do Peru e o Supremo Tribunal Federal aplicam o teste da proporcionalidade? O teste da proporcionalidade é uma ferramenta central da jurisdição do Estado de direito constitucional democrático. Em uma constituição com catálogo de direitos fundamentais somente são admitidas restrições justificadas com base no teste da proporcionalidade. O problema da aplicação do teste da proporcionalidade é central, justificando-se examinar como os tribunais constitucionais empregam essa ferramenta metodológica. A análise de decisões do Tribunal Constitucional do Peru mostra a aplicação do modelo *standard*, amplamente difundido, configurado nos subtestes da legitimidade do fim, da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A análise de decisões do Supremo Tribunal Federal evidencia a prevalência de aplicação indistinta e não rigorosa de uma ideia geral e ampla de proporcionalidade, mais como um *topoi* retórico-argumentativo, identificada com razoabilidade ou ponderação. Em algumas decisões, pode ser rastreada a aplicação do teste da proporcionalidade na configuração do modelo *standard*. Comparativamente, as decisões do Tribunal Constitucional do Peru são superiores às do Supremo Tribunal Federal em relação à qualidade da fundamentação da aplicação do teste da proporcionalidade. A pesquisa é bibliográfica, com análise de casos comparativa, e o método é o hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** Teste da proporcionalidade; jurisdição constitucional; Tribunal Constitucional do Peru; Supremo Tribunal Federal; fundamentação.

### THE TEST OF PROPORTIONALITY IN THE CONSTITUTIONAL COURT OF PERU AND THE SUPREME FEDERAL COURT

#### ABSTRACT

The purpose of this investigation is to examine the application of the proportionality test by the Constitutional Court of Peru and the Supreme Federal Court. The question to be answered is this. How do the Constitutional Court of Peru and the Supreme Court apply the proportionality test? The proportionality test is a central tool in the jurisdiction of the democratic constitutional Rule of Law. In a constitution with a catalog of fundamental rights, only justified restrictions based on the proportionality test are allowed. The problem of applying the proportionality test is central, justifying examining how constitutional courts employ this methodological tool. Analysis of decisions by the Constitutional Court of Peru shows application of the *standard* model, widely disseminated configured in the subtests of the legitimacy of the end, adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. Analysis of decisions of the Supreme Federal Court shows the prevalence of indistinct and not rigorous application of a general and broad idea of proportionality, more like a rhetorical-argumentative *topoi*, sometimes identified with reasonability or weighting. In some decisions, the application of the proportionality test in the configuration of the *standard* model can be tracked. In comparison, the decisions of the Constitutional Court of Peru are superior to those of the Supreme Federal Court as to the quality of the reasoning for the application of the proportionality test. Comparative bibliographic research and comparative case analyse. Hypothetical deductive method.

**Keywords:** Proportionality test; constitutional jurisdiction; Constitutional Court of Peru; Supreme Federal Court; reasoning.

Submetido em: 23/9/2022

Aceito em: 28/4/2023

## 1 INTRODUÇÃO

A presente investigação tem como objetivo analisar a aplicação do teste da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, comparada à aplicação dessa mesma ferramenta metodológica nas decisões do Tribunal Constitucional do Peru. A questão a ser respondida é a seguinte: Como o Tribunal Constitucional do Peru e o Supremo Tribunal Federal aplicam o teste da proporcionalidade?

Os Estados brasileiro e peruano são Estados democráticos constitucionais, cujas características são de uma constituição rígida, um catálogo de direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional dotada de autoridade para controlar a constitucionalidade formal e material das normas infraconstitucionais. Esse é o modelo do constitucionalismo global, característico dos Estados democráticos constitucionais de grande parte dos Estados europeus e da América Latina.

Uma das formulações que é amplamente difundida nesse constitucionalismo é que a proteção dos direitos fundamentais, em face das intervenções estatais da administração e do legislador, é atribuição da jurisdição constitucional e da jurisdição ordinária, e que os direitos fundamentais têm amplo escopo de proteção, o qual é limitável e passível de restrições. Essas restrições ou intervenções no escopo de proteção de direitos fundamentais são justificadas pela proteção de direitos fundamentais ou de bens jurídicos igualmente protegidos constitucionalmente. Na medida em que os direitos fundamentais são vinculantes para a administração, a legislação e a jurisdição, todas as medidas estatais que representam restrições ou intervenções nesses direitos devem ser justificadas.

O teste da proporcionalidade tem sido apresentado como critério para avaliar se as medidas restritivas ou interventivas no escopo de proteção de direitos fundamentais estão justificadas racionalmente. Uma medida estatal restritiva de um direito fundamental somente estará justificada se atendidas as exigências do teste da proporcionalidade, porém, tanto o teste da proporcionalidade propriamente como sua aplicação pelos tribunais constitucionais e tribunais ordinários têm sido objeto de intensas controvérsias.

O problema que esta investigação pretende cuidar não tem a pretensão de cobrir a integralidade desse debate sobre o teste da proporcionalidade, mas, analisar como o Supremo Tribunal Federal tem aplicado esse critério metodológico, como o Tribunal Constitucional do Peru tem, igualmente, aplicado essa mesma ferramenta, e se a prática deste último pode ilustrar e inspirar a prática de fundamentação das decisões judiciais do tribunal brasileiro. Em outras palavras, isso poderá permitir identificar se há diferenças tanto quanto à configuração do teste da proporcionalidade em um e outro lugar, bem como, se há diferenças quanto ao modo de aplicação do teste e, finalmente, se a experiência do Tribunal Constitucional peruano pode ser útil a qualificar racionalmente as decisões do Supremo Tribunal Federal. Evidentemente, em razão das limitações desta investigação, são recortadas ilustrativamente poucas decisões dos dois tribunais, selecionadas a partir do critério qualitativo da aplicação do teste da proporcionalidade.

A fim de cuidar desse problema, esta investigação será desenvolvida em três partes. Na primeira, pretende-se apresentar os fundamentos e os elementos estruturais do teste da proporcionalidade na sua formulação mais amplamente aceita. Com isso, então, a discussão

terá como pressuposto a formulação de que existe um modelo *standard* do teste da proporcionalidade, que é assumido, não se desconhecendo variações de sua formulação tanto no contexto teórico como no âmbito da prática dos tribunais constitucionais. Na segunda parte, são apresentadas decisões do Tribunal Constitucional peruano em que foi aplicado o teste da proporcionalidade, para avaliar a justificação de intervenções no escopo de proteção de direitos fundamentais. Na terceira parte, são analisadas, para fins de comparação, decisões do Supremo Tribunal Federal que igualmente empregaram o teste da proporcionalidade.

O que se pretende fundamentar é que o emprego do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional peruano é ancorado em melhor estrutura argumentativa, comparativamente ao emprego da mesma ferramenta pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa investigação busca justificar essa formulação com base em pesquisa bibliográfica e das decisões do Tribunal Constitucional do Peru e do Supremo Tribunal Federal, desenvolvida sob metodologia hipotético-dedutiva.

## 2 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

O teste da proporcionalidade, na sua configuração mais amplamente aceita, tem como ponto de partida decisões do Supremo Tribunal Administrativo da Prússia. Na segunda metade do século 18, a Prússia evoluiu de um Estado autoritário, submetido à autoridade suprema do Rei, para um Estado governado pelo Direito. A codificação do direito na Prússia veio somente com o *Allgemeines Landrecht*, de 1794, cujo artigo 10, frase 2, autorizava o exercício do poder público para manter a paz, a segurança e ordem públicas, porém, na medida *necessária*. Essa formulação é reconhecida como o primeiro texto a expressar a exigência de proporcionalidade na Alemanha.

Efetivamente, o marco fundamental do teste da proporcionalidade, no sentido contemporâneo, está na doutrina do direito administrativo da Prússia, assentada nas decisões do Supremo Tribunal Administrativo, mais tarde acolhida no direito administrativo alemão. Por isso mesmo, pode-se afirmar que a origem da proporcionalidade está no direito administrativo alemão. No contexto liberal da metade do século 19, os alemães passaram a ver nos tribunais a responsabilidade pela garantia dos direitos individuais (direitos naturais) frente aos abusos administrativos do poder público (Cohen-Eliya, Porat, 2013, 2017). Em seguida, ocorreu uma gradual migração da proporcionalidade do direito administrativo alemão para o direito constitucional alemão, notadamente com as decisões do Tribunal Constitucional Federal no final dos anos 1950 e início dos anos 1960.

O próximo passo veio com a expansão da proporcionalidade para além das fronteiras do direito constitucional alemão, que ocorreu por conta de sua adoção; primeiro, nas decisões do Tribunal Europeu de Justiça (1970), e, depois, nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (1976) (Sweet, Mathews, 2008). O *status* desses tribunais europeus pesou para a grande expansão da proporcionalidade nas decisões sobre direitos fundamentais, tanto para os países da Europa ocidental (1980) como da Europa oriental (1990), notadamente quanto ao controle das medidas estatais de restrição ou de intervenção no escopo de proteção desses direitos fundamentais. Igualmente, por influência das decisões do Tribunal Constitucional alemão e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, acolhendo a “cultura da justificação” (Dyzenhaus, 2018), a aplicação do teste da proporcionalidade expandiu-se para Canadá, África

do Sul, Israel e Índia, bem como, para a América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador e Peru).

No modelo do designado constitucionalismo global, característica dos Estados democráticos constitucionais da América Latina e de grande parte dos Estados europeus, o teste da proporcionalidade ocupa um papel central.

Uma das formulações amplamente difundida nesse constitucionalismo global é que a proteção dos direitos fundamentais em face das intervenções estatais da administração e do legislador é atribuição da jurisdição constitucional e da jurisdição ordinária, e que os direitos fundamentais têm amplo escopo de proteção, mas limitável e passível de restrições. Essas restrições ou intervenções no escopo de proteção de direitos fundamentais são justificadas pela proteção de direitos fundamentais ou de bens jurídicos igualmente protegidos constitucionalmente. Na medida em que os direitos fundamentais são vinculantes para a administração, legislação e jurisdição, todas as medidas estatais que representam restrições ou intervenções nesses direitos devem ser justificadas.

O teste da proporcionalidade é o critério empregado para verificar se medidas estatais que configuram restrições ou intervenções em direitos fundamentais estão justificadas. Uma restrição ou intervenção no escopo de proteção de um direito fundamental está justificada se satisfeitas as regras do teste da proporcionalidade, que se deixa estruturar em quatro subtestes.

O primeiro é satisfeito se a medida estatal persegue um fim constitucionalmente legítimo. O segundo é satisfeito se a medida estatal promove, ainda que em um grau mínimo, a realização do fim constitucionalmente legítimo. O terceiro é satisfeito se a medida estatal adotada, consideradas todas as outras medidas alternativas que igualmente promovem o fim constitucionalmente legítimo, é a menos restritiva aos demais direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. O quarto é satisfeito se a importância da medida estatal adotada justifica a restrição experimentada por outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos (Klatt, Meister, 2012).

Esse quarto subteste é conhecido e identificado como a ponderação, que se deixa compreender em duas regras: a regra material diz que, quanto maior o grau de restrição ou prejuízo imposto a um direito fundamental, tanto maior deve ser o grau de importância, realização ou concretização do direito fundamental ou bem jurídico constitucionalmente protegido perseguido pela medida estatal; e a regra epistêmica diz que, quanto maior o grau de restrição ou prejuízo imposto a um direito fundamental, tanto maior deve ser o grau de segurança das premissas empíricas e normativas apoiadoras da medida estatal (Alexy, 1994, 2007).

Esta é a configuração *standard* do teste da proporcionalidade.

### 3 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO PERU

O Peru é um Estado de direito constitucional democrático, com uma constituição rígida, um catálogo de direitos fundamentais e um tribunal constitucional encarregado de fazer cumprir a Constituição e proteger os direitos fundamentais. Assim como a maioria dos

Estados da América Latina, cuida-se de uma democracia fraca, que demanda um constitucionalismo de direitos forte, cujo significado é uma forte tendência dos tribunais constitucionais ao protagonismo, especialmente em favor da proteção dos direitos fundamentais de liberdade e dos direitos fundamentais sociais das minorias, previstos na Constituição. Esse é o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro e do Tribunal Constitucional peruano, bem como, igualmente, do Tribunal Constitucional colombiano (Roa Roa, 2015).

O teste da proporcionalidade, ferramenta metodológica que ocupa lugar central no constitucionalismo de direitos, tem ampla aplicação nas decisões do Tribunal Constitucional peruano (Castillo-Córdova, 2005). Aliás, o artigo 200 da Constituição do Peru, ao tratar das garantias constitucionais, dispendo sobre os diversos tipos de ações constitucionais, estabelece expressamente que, quando elas são propostas em relação a direitos restringidos ou suspensos, o órgão jurisdicional competente deve examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato restritivo. A respeito, Barrera (2019, p. 4) observa que, ao longo dos anos, o teste da proporcionalidade se consolidou como um critério privilegiado empregado pelo Tribunal Constitucional para solução dos casos de colisão entre direitos fundamentais. O próprio Tribunal Constitucional reconhece que o teste da proporcionalidade é um “princípio geral de direito expressamente positivado, cuja satisfação deve ser analisada em qualquer âmbito do direito”, acrescentando que seu âmbito de proteção serve para “analisar qualquer ato restritivo de um atributo subjetivo da pessoa” (Peru, 2003). Outro ponto destacado pelo próprio Tribunal Constitucional é o de que o teste da proporcionalidade está fundamentado na cláusula do Estado de direito, na segurança jurídica e na exigência de justiça material (Peru, 2003).

No contexto das decisões do Tribunal Constitucional do Peru, podem ser facilmente rastreadas decisões fundamentadas com base no critério metodológico do teste da proporcionalidade. Assim, por exemplo, as decisões dos Casos *Calle de las Pizzas*, *Plaza Veas* e *Ley antitabaco*.

No Caso *Calle de las Pizzas*, o Tribunal Constitucional cuidou de examinar a constitucionalidade de restrições impostas pela municipalidade de Miraflores ao horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, consistentes em diversos restaurantes, bares e discotecas, que somente poderiam permanecer abertos de domingo a quinta-feira até a 1 hora do dia seguinte, e sexta-feira, sábado e vésperas de feriados até as 2 horas do dia seguinte. O Tribunal Constitucional concluiu pela constitucionalidade da medida estatal restritiva do direito à liberdade de iniciativa e trabalho por ser justificada pelo teste da proporcionalidade, considerada sua finalidade de proteção do meio ambiente e também o direito das pessoas residentes nas proximidades atingidas pelos níveis de ruídos produzidos pela atividade comercial. Nesse caso, o Tribunal Constitucional aplicou o teste da proporcionalidade na sua integralidade, examinando individualmente cada um dos subtestes do teste da proporcionalidade, reconhecendo que a medida estatal analisada atendia aos subtestes da legitimidade do fim, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (Peru, 2007).

Inicialmente, o Tribunal Constitucional analisou o fim perseguido pela medida estatal da municipalidade de Miraflores, que restringiu o horário de funcionamentos dos estabelecimentos localizados no espaço urbano conhecido como *Calle de Las Pizzas*. A respeito, o Tribunal

Constitucional entendeu que o objetivo da medida estatal é proteção da tranquilidade e do estado de saúde dos vizinhos residentes nas proximidades da *Calle de Las Pizzas*, destacando ser de conhecimento público o ruído produzido e que isso perturba o sono, o descanso e a tranquilidades das pessoas. Acrescentou que a “contaminação acústica é de considerável magnitude”, e que o objetivo da medida estatal é evitar que essa contaminação atinja as áreas próximas. Segundo o Tribunal Constitucional, esse objetivo justifica-se no dever de proteção do poder público, e tem como fim a proteção do meio ambiente, da saúde e da tranquilidade das pessoas residentes nas proximidades, cuidando-se, portanto, de um fim constitucionalmente legítimo.

No próximo passo, o Tribunal Constitucional analisou a adequação da medida estatal, entendendo-a adequada para a promoção do objetivo perseguido. O argumento apresentado foi o de que a restrição do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, exatamente no horário em que as pessoas costumam descansar ou dormir, impede que a contaminação acústica afete indefinidamente o sono e a tranquilidade dos moradores vizinhos, propiciando um meio ambiente são para o desenvolvimento dessas necessidades humanas.

No passo seguinte, o Tribunal Constitucional analisou a necessidade da medida estatal, investigando sobre a existência de outras medidas igualmente adequadas para promover o fim, mas menos restritivas que as restrições impostas pela municipalidade de Miraflores. Sobre esse subteste, o Tribunal Constitucional entendeu que a restrição imposta ao horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais na *Calle de Las Pizzas* era necessária diante da ausência de outras alternativas “igualmente eficazes”, que possibilitassem um “entorno ambiental acusticamente são”. Nesse ponto, o Tribunal Constitucional admitiu a existência de outros meios alternativos, como a ampliação do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, desde que reduzidos os níveis de ruído, mas reconheceu que essa medida não seria eficaz tanto quanto a escolhida pela municipalidade. Sobre isso, o Tribunal Constitucional concluiu que a medida adotada é a “mais eficaz” para possibilitar um “entorno acusticamente são”. Assim, entendeu como satisfeito o subteste da necessidade (Peru, 2007).

Por fim, o Tribunal Constitucional examinou se a medida estatal satisfaz o subteste da proporcionalidade em sentido restrito, passando ao que designa como “análise da ponderação”. O ponto de partida é identificar os direitos e bens constitucionais em colisão. Expressamente, o Tribunal Constitucional identifica os direitos ao meio ambiente, tranquilidade e saúde das pessoas atingidas pela contaminação acústica, por um lado e, por outro, o direito ao trabalho dos proprietários dos estabelecimentos comerciais afetados, bem como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade das pessoas que frequentam o espaço urbano *Calle de Las Pizzas*. Reconhecendo essa colisão entre direitos e bens jurídicos constitucionais, o Tribunal Constitucional recorreu à ponderação, aplicando a lei da ponderação, para verificar se a restrição imposta ao direito ao trabalho está justificada. A decisão pronunciou que o Tribunal Constitucional já tem definida a estrutura da ponderação nos casos de restrição à liberdade de trabalho, que estabelece isto: “quanto maior a intensidade da intervenção na liberdade de trabalho, tanto maior deve ser o grau de realização ou otimização do fim constitucional” perseguido pela medida estatal examinada. Se isso resulta cumprido, então a medida estatal é constitucional. Se a intensidade da intervenção na liberdade de trabalho é muito alta e o

grau de otimização do fim constitucional perseguido é baixo, então a medida estatal não está justificada e, portanto, é inconstitucional. Igualmente, a decisão considerou na estrutura da ponderação a restrição ao desenvolvimento da personalidade das pessoas frequentadoras do espaço urbano da *Calle de Las Pizzas*, disso resultando a seguinte formulação: “quanto maior a intensidade da intervenção na liberdade de trabalho e no livre desenvolvimento da personalidade, tanto maior deve ser o grau de realização ou otimização do direito ao meio ambiente, à tranquilidade e à saúde”. Adotando a escala de triádica de graus de intensidade leve, médio e grave, o Tribunal Constitucional considerou que a intensidade da intervenção sobre liberdade de trabalho foi leve, porque a medida estatal não impôs uma limitação absoluta ou total do exercício da liberdade de trabalho dos estabelecimentos comerciais na área atingida, mas, apenas estabeleceu uma limitação parcial, restringindo o horário a certas horas da noite e do amanhecer. Da mesma forma, o Tribunal Constitucional considerou leve a intensidade da intervenção no livre desenvolvimento da personalidade das pessoas que frequentam os estabelecimentos da *Calle de Las Pizzas*, pois a restrição foi temporária e parcial, limitada a determinadas horas e restrita aos estabelecimentos ali situados, na medida que os interessados poderiam escolher frequentar lugares alternativos aos da área colhida pela medida estatal restritiva. Por outro lado, o Tribunal Constitucional considerou alto o grau de otimização da proteção do direito ao meio ambiente, na forma de garantia de um ambiente acusticamente saudável, porque a melhor maneira de atingir esse objetivo é permitindo um ambiente silencioso, que é particularmente importante durante a noite e de manhã cedo. Do mesmo modo, o Tribunal Constitucional considerou alto o grau de realização da proteção do direito à saúde, “porque o descanso e o sono habitual da pessoa à noite são elementos essenciais para a recuperação energética, por isso, seu gozo permite um estado completo de saúde” (Peru, 2007).

Assim, o Tribunal Constitucional do Peru considerou constitucional a medida estatal restritiva do horário de funcionamento dos restaurantes, bares e discotecas localizados no espaço urbano conhecido como *Calle de Las Pizzas*, exatamente porque foram cumpridos os subtestes da proporcionalidade. A restrição imposta ao escopo de proteção do direito ao trabalho dos proprietários dos estabelecimentos comerciais e do direito ao livre desenvolvimento dos frequentadores do espaço urbano resultou considerada proporcional por perseguir um fim legítimo, ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

No caso de *Plaza Veas*, o Tribunal Constitucional cuidou de examinar a pretensão apresentada por pessoas com deficiência visual, para declarar a inconstitucionalidade de medida que proibia a entrada de cães-guia em supermercados da empresa Supermercados Peruanos S. A. Plaza Vea (Peru, 2014). Essa medida foi adotada com base no artigo 32 do Regulamento Sanitário de Funcionamento de Autosserviços de Alimentos e Bebidas, exatamente a fim de cumprir condições sanitárias e de saúde pública estabelecidas. No caso, os demandantes sustentaram que a proibição de entrada em supermercados na companhia de um animal de assistência viola seus direitos ao livre desenvolvimento e bem-estar, à liberdade de trânsito, a um ambiente equilibrado e adequado para o desenvolvimento de suas vidas, igualdade e não discriminação à acessibilidade e mobilidade pessoal.

O Tribunal Constitucional analisou o caso a partir do direito de igualdade e da proibição de discriminação das pessoas com necessidades especiais, reconhecendo direito fundamental

a não discriminação com assento constitucional. O problema tomado em conta tem, na sua essência, a proibição geral de ingresso de animais nos estabelecimentos comerciais, o que representa ausência de tratamento diferenciado às pessoas com necessidades especiais visuais, notadamente aquelas que usam cães-guias para sua locomoção. O Tribunal Constitucional considerou a intervenção nos direitos fundamentais (direito ao livre e autônomo desenvolvimento e direito ao meio ambiente adequado ao livre desenvolvimento) das pessoas com necessidades especiais visuais uma discriminação por indiferença (Peru, 2014).

O Tribunal Constitucional aplicou o teste da proporcionalidade, desdobrado nos seus quatro subtestes, a fim de verificar a justificação da intervenção nos direitos de igualdade e a não discriminação das pessoas com necessidades visuais.

No exame do subteste da legitimidade do fim perseguido pela intervenção, o Tribunal Constitucional concluiu que a intervenção perseguia fim constitucionalmente legítimo, exatamente porque a proibição de ingresso de animais dos supermercados tinha por objetivo proteger a saúde dos consumidores, mantendo os alimentos livres de contaminação por agentes externos.

No exame do subteste da adequação, o Tribunal Constitucional tratou de responder sobre a existência de relação de causalidade entre a medida adotada e o fim perseguido. Sobre esse ponto, concluiu que a medida de proibição geral de ingresso de animais nos supermercados fomenta, em algum grau, que os alimentos destinados ao consumo não sejam contaminados e permaneçam livres de agentes externos. Assim, o Tribunal Constitucional considerou satisfeito o subteste da adequação.

O próximo passo foi dado com a análise do subteste da necessidade, onde o Tribunal Constitucional investigou sobre a existência de outras medidas igualmente adequadas para fomentar o fim de manter o ambiente dos supermercados em boas condições sanitárias e de higiene, livre de agentes externos, notadamente os provenientes de animais, mas com menor grau de intensidade de intervenção nos direitos das pessoas com necessidades especiais visuais. O Tribunal Constitucional entendeu cumprido o subteste da necessidade, pois não identificou a existência de medidas alternativas igualmente eficazes para fomentar a proteção da saúde dos consumidores e manter o ambiente dos supermercados em boas condições sanitárias e de higiene. A alternativa de permitir o ingresso de cães-guia sob vigilância e acompanhamento de algum empregado do supermercado, por exemplo, foi considerada como menos restritiva aos direitos das pessoas com necessidades especiais, mas igualmente menos eficaz, exatamente porque não são excluídos integralmente os casos de contaminação dos alimentos e do ambiente, causados pelos animais.

No último passo, o Tribunal Constitucional examinou o subteste da proporcionalidade em sentido estrito, assim formulando a lei da ponderação: quanto maior o grau de intensidade de intervenção nos direitos das pessoas com deficiência, tanto maior deve ser o grau de importância da proteção da saúde dos consumidores e das condições sanitárias e de higiene dos supermercados. O Tribunal Constitucional estipulou como alto o grau de intensidade de intervenção no direito de igualdade das pessoas com necessidades especiais, como consequência da discriminação por indiferença. Considerou grave intervenção no direito de igualdade o tratar de modo igual o que é “substancialmente” desigual. Além disso, a medida afeta os outros direitos fundamentais das pessoas com necessidade especiais discriminadas,

notadamente o direito ao livre desenvolvimento e ao meio ambiente adequado. O Tribunal Constitucional considerou não justificada essa tal intervenção, porque o grau de afetação do direito de proteção à saúde dos consumidores, em caso de omissão da medida de proibição geral de ingresso de animais nos supermercados, não é igualmente alto. Dito de outro modo, o grau de satisfação do direito de proteção da saúde dos consumidores não é alto de modo a justificar o alto grau de prejuízo imposto aos direitos das pessoas com necessidades especiais com a medida restritiva. Além disso, o Tribunal Constitucional considerou pouco seguras as premissas empíricas apresentadas para justificar a medida de proibição geral de ingresso de animais nos supermercados. Sobre isso, restou destacado que a medida restritiva não considerou as particularidades e a expertise dos cães-guias, animais cuja funcionalidade para atendimento das pessoas com necessidades visuais é precedida de rigoroso treinamento, para dar conta das relações e comportamentos sociais. O papel dos cães-guia é decisivo para facilitar a melhor mobilidade pessoal e maior independência das pessoas com necessidades especiais. Segundo o Tribunal, a medida não prestou atenção nessas características dos cães-guia, que resultaram abarcadas pela proibição geral. Com isso, o Tribunal Constitucional concluiu que a medida restritiva de proibição geral de ingresso de animais nos supermercados, aplicada de modo a restringir a entrada dos cães-guias, não cumpriu o subteste da proporcionalidade em sentido estrito e, assim, resultou considerada excessiva e desproporcional<sup>1</sup>.

No caso *Ley Antitabaco*, o Tribunal Constitucional cuidou de demanda de inconstitucionalidade, apresentada por cinco mil cidadãos peruanos, contra o disposto no artigo 3º da Lei Geral de Prevenção e Controle dos Riscos de Consumo de Tabaco, que estabeleceu restrições ao ato de fumar em espaços públicos fechados e também em centros educacionais para adultos (Peru, 2011). Os demandantes sustentaram a inconstitucionalidade das medidas estatais que proíbem a existência de estabelecimentos exclusivos para fumantes e o ato de fumar em estabelecimentos educacionais para adultos, com fundamento no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e na proibição de discriminação. Igualmente, os demandantes apontaram não cumprimento do teste da proporcionalidade, pois a medida estatal restritiva não era adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

De modo a responder a essa demanda de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional formulou as seguintes questões: O ato de fumar integra o conteúdo essencial constitucionalmente protegido do direito ao livre desenvolvimento da personalidade? A proibição de que existam lugares públicos fechados somente para fumantes restringe os direitos fundamentais de liberdade de iniciativa privada e liberdade de empresa? Quais são os fins perseguidos com as medidas que desautorizam espaços públicos fechados apenas para fumantes e proíbem o ato de fumar em centros educacionais de adultos? Limitar o ato de fumar com o objetivo de proteção da saúde do próprio fumante é um fim constitucionalmente legítimo? As restrições impostas satisfazem os subtestes do teste da proporcionalidade, sendo adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito?

O Tribunal Constitucional respondeu afirmativamente à primeira questão, reconhecendo que o ato de fumar faz parte do conteúdo do direito fundamental ao livre

<sup>1</sup> O Tribunal Constitucional Federal alemão, em recente decisão, considerou igualmente desproporcional proibição imposta a ingresso de pessoa com deficiência visual com seu cão-guia em área de espera de clínica médica (Alemanha, 2020).

desenvolvimento da personalidade, notadamente porque dentro do escopo de proteção do direito fundamental de liberdade geral de atuação. Assim, a proibição de criação de espaços públicos para fumantes e de fumar em ambientes de educação para adultos somente pode ser constitucional se justificada com base no teste da proporcionalidade. Do mesmo modo, o Tribunal Constitucional respondeu que a proibição de criação de estabelecimentos exclusivos para fumantes restringe os direitos fundamentais de liberdade de iniciativa privada e liberdade de empresa, somente sendo constitucional se justificado com fundamento no teste da proporcionalidade. Além disso, o Tribunal Constitucional considerou constitucionalmente legítimo o fim perseguido pelas medidas de proibição de criação de estabelecimentos exclusivos para fumantes e de fumar em espaços educacionais para adultos, entendendo que o Estado tem o dever fundamental de adotar medidas necessárias para reduzir os custos estatais decorrentes do consumo de tabaco, exatamente a fim de alcançar proteção à saúde da população, inclusive dos próprios fumantes. E, ainda, o Tribunal Constitucional assinalou que o fim perseguido pelas medidas restritivas não somente é constitucional, como também é um dever estatal, com base no artigo 3º do Convênio Marco da Organização Mundial da Saúde para o Controle do Tabaco<sup>2</sup>.

Isso assentado, o Tribunal Constitucional passou a analisar se as medidas estatais cumpriam as exigências do teste da proporcionalidade.

O Tribunal Constitucional entendeu satisfeito o subteste da adequação, julgando que as medidas estatais fomentavam, em algum grau, o fim perseguido. Com base nos relatórios e estudos científicos apresentados, o Tribunal Constitucional tomou como seguras as premissas empíricas apoiadoras das medidas estatais, reconhecendo que a proibição absoluta de espaços públicos fechados para fumantes e a proibição do ato de fumar em ambientes educacionais para adultos contribuem para a redução do consumo de tabaco. Assim, admitiu que essas proibições eram adequadas para reduzir substancialmente o consumo de tabaco, constituindo medidas aptas para proteger a saúde dos fumantes e reduzir os custos de assistência médica que eles poderiam vir a exigir.

Igualmente, o Tribunal Constitucional considerou atendido o subteste da necessidade, porque não identificou a existência de medidas alternativas, igualmente eficazes, mas menos restritivas aos direitos fundamentais de livre desenvolvimento da personalidade dos fumantes e de liberdade de iniciativa dos interessados em criar espaços públicos fechados para fumantes. Em outras palavras, isso significa que não se logrou verificar medidas mais ou igualmente eficazes para promover a redução do consumo de tabaco do que proibir totalmente a existência de espaços públicos fechados para fumantes e também proibir o ato de fumar em todo e qualquer espaço de educação para adultos. O Tribunal Constitucional considerou, com base nos estudos científicos de organismos internacionais apresentados, que a admissão de espaço públicos exclusivo para fumantes, incluídos os trabalhadores, não teria a mesma eficácia que as medidas escolhidas pelo legislador. E, ainda, destacou a necessidade de autorrestrrição da jurisdição constitucional na análise do subteste da necessidade, de

<sup>2</sup> A disposição do artigo 3º do Convênio Marco da Organização Mundial da Saúde para o Controle do Tabaco afirma que o Estado tem a obrigação de proteger o direito à saúde, por via de uma política nacional plural e descentralizada que reduza, de maneira contínua e substancial, a prevalência do consumo de tabaco e a exposição ao fumo de tabaco.

modo a não fixar um padrão demasiadamente alto, sob pena de comprometer a margem de apreciação do legislador democraticamente legitimado.

Por fim, o Tribunal Constitucional entendeu satisfeito o subteste da proporcionalidade em sentido estrito. No primeiro passo, o Tribunal Constitucional buscou determinar o grau da intensidade de intervenção, causado pelas medidas adotadas no direito fundamental de desenvolvimento da personalidade dos fumantes e no direito fundamental de liberdade de iniciativa e de liberdade de empresa. Ainda que tenha feito referência a estudos que questionam o ato de fumar como manifestação da liberdade geral de atuação ou expressão do livre desenvolvimento da personalidade, o Tribunal Constitucional acabou aceitando esta pressuposição – o ato de fumar está no escopo de proteção do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

A fim de responder sobre o grau de intensidade de intervenção nesse direito fundamental, o Tribunal Constitucional destacou que nem todas as expressões do direito de liberdade de atuação geral são idênticas ou estão no mesmo plano axiológico. Existem atos de liberdade para a satisfação de necessidades básicas essenciais, e atos de liberdade para a satisfação de interesses não essenciais para um projeto de vida, umas mais importantes que outras em um Estado de direito constitucional democrático. Com isso, o Tribunal Constitucional quis dizer que os primeiros gozam de proteção mais intensa que os segundos. No caso, acrescentou que o ato de fumar não satisfaz uma necessidade básica para um projeto de vida, mas, ao contrário, representa um dano para a saúde das pessoas. Por isso mesmo, então, o Tribunal Constitucional considerou leve o grau de intensidade de intervenção no direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade dos fumantes. Igualmente, considerou leve o grau de intensidade de intervenção no direito fundamental de liberdade de iniciativa e de liberdade de empresa, pois as medidas restritivas à criação de espaços públicos exclusivos para fumantes, conforme estudos e evidências recolhidas da aplicação de medidas similares em outros países, não implicam impacto negativo à sustentabilidade dos estabelecimentos comerciais de alimentação, lazer e turismo. Por outro lado, o Tribunal Constitucional considerou alto o grau de importância dos fins perseguidos pelas medidas adotadas – proteção da saúde pública. Isso porque a proibição da existência de lugares públicos exclusivos para fumantes e também a proibição do ato de fumar em estabelecimentos de educação para adultos impacta significativamente na redução do consumo de tabaco, e isso representa maior proteção à saúde pública, tanto sob a perspectiva da saúde dos próprios fumantes quanto pela redução dos custos estatais para o tratamento das doenças provenientes do consumo de tabaco. Assim, o Tribunal Constitucional concluiu que as medidas restritivas cumpriram as exigências do subteste da proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de intensidade leve, produzidos no direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade dos fumantes e no direito fundamental de liberdade de iniciativa e liberdade de empresa, está justificado pelo alto grau da realização e satisfação do fins constitucionalmente legítimos perseguidos pelas medidas restritivas – proteção da saúde pública.

Essas decisões são representativas da metodologia do Tribunal Constitucional do Peru a respeito do emprego do teste da proporcionalidade, deixando evidente a análise individualizada dos quatro subtestes, com a apresentação de razões que justificam a satisfação ou não de cada um deles. Outro aspecto que chama a atenção está no padrão da estrutura

argumentativa das decisões, na medida em que o teste da proporcionalidade é aplicado do mesmo modo em todos os casos. Especificamente, quanto ao subteste da necessidade, o Tribunal Constitucional ocupa-se de analisar rigorosamente se não existem medidas alternativas igualmente eficazes para a realização do fim perseguido pela medida restritiva examinada, apresentando razões detalhadas. E, quanto ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito, analisa comparativamente os graus de intensidade de intervenção no direito fundamental envolvido e também os graus de importância de satisfação dos fins perseguidos pelas medidas interventivas. Com isso, fica clara a preocupação do Tribunal Constitucional com a fundamentação racional da aplicação do teste da proporcionalidade.

Analizada a aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional do Peru, segue exame de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, a fim de que as respectivas metodologias possam ser comparadas criticamente, notadamente quanto à fundamentação e justificação.

#### 4 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ideia de proporcionalidade aparece amplamente referida nas decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>, conforme apontado em exaustiva investigação desenvolvida por Moraes (2018). Afirmar, no entanto, que a ideia de proporcionalidade pode ser facilmente rastreada nas decisões do Supremo Tribunal Federal nada diz sobre o sentido em que a proporcionalidade é tomada, e tampouco como ela é aplicada. Não há segurança quanto ao significado de proporcionalidade no contexto das decisões do Supremo Tribunal Federal. Essa particularidade tem sido apontada em diversos estudos sobre o comportamento das decisões do Supremo Tribunal na aplicação da proporcionalidade, como deixam saber as investigações de Luís Virgílio da Silva (2002), Mastrodi (2014) e Moraes (2018).

Neste sentido, Luís Virgílio da Silva (2002) observa que a proporcionalidade é um mero recurso retórico, que pode ser assimilado a um *topoi*, ao qual o Supremo Tribunal Federal recorre para afirmar a inconstitucionalidade de uma medida estatal, isso porque o Supremo Tribunal não faz “nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados”. Assim, esboça que o raciocínio de fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, dadas com base na proporcionalidade, tem esta estrutura silogística: a) a Constituição Federal fundamenta a proporcionalidade (premissa maior); b) a medida estatal analisada não cumpre a proporcionalidade (premissa menor); c) a medida estatal analisada é inconstitucional (conclusão). A crítica está na ausência de justificação externa, exatamente porque as decisões do Supremo Tribunal Federal normalmente não cuidam de apresentar razões para justificar as premissas dadas e, não poucas vezes, se limitam a citar formulações como Estado de direito, devido a processo em sentido substancial ou proibição de abuso estatal.

<sup>3</sup> Pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal deixa saber que “proporcionalidade” aparece 1.317 vezes, e “ponderação” 396 vezes. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 8 ago. 2020. Sobre as primeiras referências à proporcionalidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal, ver Mendes (1994).

Ao examinar dezenas de decisões do Supremo Tribunal Federal, Moraes (2018) não chegou à conclusão diferente, observando igualmente que proporcionalidade, razoabilidade, proibição de proteção insuficiente, proibição do excesso e ponderação são empregados indistintamente. Nessa linha, destacou que, em um grande número de casos, o teste da proporcionalidade não é empregado pelo Supremo Tribunal Federal em seu modelo *standard*, estruturado em subtestes, tendo sido expressivo o número de casos em que a decisão recorre diretamente ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, sem análise prévia da legitimidade do fim perseguido, da adequação e da necessidade da medida estatal examinada. Outro achado foi o de que o Supremo Tribunal Federal, ao referir-se ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito, não aplica a lei da ponderação. Assim, a conclusão é que o Supremo Tribunal Federal não emprega propriamente a ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade, mas apenas alguns de seus fragmentos.

Assim, percebe-se uma certa despreocupação ou desinteresse com a precisão, o rigor e a correção na aplicação do teste da proporcionalidade. Nota-se ausência de clareza e confusão entre o teste da proporcionalidade, razoabilidade e o subteste da proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, isso quer dizer que a proporcionalidade, a razoabilidade e o subteste da proporcionalidade em sentido restrito são identificados ou tomados como significados intercambiáveis.

Algumas linhas podem ser reservadas para clarear esses pontos.

Inicialmente, deve-se distinguir entre proporcionalidade, escrutínio da razoabilidade e teste da proporcionalidade. A palavra proporcionalidade pode ser empregada em sentido amplo e, assim, pode ser usada com significados muito diferentes. Serve para designar um *topoi* ou um princípio, com alto grau de indeterminação e aberta semântica. Assim, por exemplo, sanções devem ser proporcionais e medidas estatais devem ser proporcionais e qualquer coisa deve ser proporcional. Não parece haver dúvida no sentido de que sanções devem ser proporcionais ou medidas estatais devem ser proporcionais, assim como que qualquer coisa deve ser proporcional. Neste sentido, proporcionalidade pode ser identificada com prudência, justiça ou correção; o problema é que proporcionalidade, assim, pode ser associada tanto à prudência ou virtude aristotélica, como também à justiça kantiana ou utilitarista.

O escrutínio da razoabilidade está longe de ser um mero *topoi* argumentativo, e tampouco deve ser identificado com o teste da proporcionalidade (Young, 2017). Ele tem igualmente origem no direito administrativo, mas não no alemão, e sim, no inglês, mas nem por isso, hoje, resume-se ao assentado em *Wednesbury* (Reino Unido, 1948). O *standard* de razoabilidade fixado no escrutínio *Wednesbury* reconhecia grande deferência à autoridade administrativa, estabelecendo que uma medida seria irrazoável apenas quando nenhuma autoridade seria capaz de adotá-la. Com isso, apenas em casos de extrema irrazoabilidade uma medida poderia ser controlada por decisão judicial. Esse escrutínio somente vem a ser substituído pelo teste da proporcionalidade no Reino Unido, com o *Human Right Act*, de 1998, com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos (Young, 2018; Craig, 2010). O escrutínio da razoabilidade tem uma de suas melhores configurações na decisão *Grootboom*, do Tribunal Constitucional da África do Sul, quando restou assentado que uma medida, para ser razoável, deve levar em consideração a natureza do direito, a importância do propósito de

sua restrição, a natureza e a extensão da restrição, a relação entre a restrição e o seu fim, e ser o meio menos restritivo para a realização do fim (África do Sul, 2001).

O escrutínio da razoabilidade não se confunde com o teste da proporcionalidade. Segundo Young (2018), as diferenças estão no conteúdo e extensão do direito, no exame da deferência ou margem de apreciação e na estrutura da restrição. Quanto ao conteúdo e extensão do direito, o escrutínio da razoabilidade pressupõe interpretação restrita do escopo de proteção de um direito, não admitindo o reconhecimento de posições jurídicas (direitos subjetivos) para além do texto constitucional, dependente sempre do contexto do caso. Por seu lado, o teste da proporcionalidade pressupõe direitos tomados sempre com amplo escopo de proteção, que admitem o reconhecimento de um feixe de posições jurídicas (direitos subjetivos). Quanto à deferência ou margem de apreciação da autoridade competente, o escrutínio da razoabilidade confere maior deferência à autoridade competente, e o teste da proporcionalidade, menos, especialmente no exame do subteste da necessidade. Quanto à estrutura, o teste da proporcionalidade propõe método rigoroso de investigação da restrição, examinando o fim, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida restritiva de um direito fundamental. Por seu lado, o escrutínio da razoabilidade provê uma análise holística e geral do contexto da restrição a um direito, incorporando as noções de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de modo *ad hoc*, por isso mesmo, conferindo mais liberdade à visão da autoridade decisória.

Essa distinção não exclui que o escrutínio da razoabilidade e o teste da proporcionalidade sejam empregados conjuntamente. Os tribunais constitucionais podem empregar um ou outro, com maior ou menor vantagem, sob o ponto de vista da fundamentação de suas decisões. As vantagens do teste da proporcionalidade estão na clareza e na transparência oferecida pela estrutura distribuída nos testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A configuração holística e *ad hoc* do escrutínio da razoabilidade é menos abstrata e mais orientada ao contexto da restrição imposta pela medida restritiva examinada. Sobre esse tema, aliás, Taggart (2008) defende que o teste da proporcionalidade deve ser empregado nos casos que envolvem violações de direitos fundamentais, admitindo um grau mais intenso de controle judicial, e que o escrutínio da razoabilidade, no sentido da forma tradicional da irrazoabilidade *Wednesbury*, deve ser reservado aos estreitos casos de erros públicos (*public wrongs*), que pode ser entendido como erros grosseiros da administração pública. Com essa fórmula, é maior o grau de deferência e menor o controle judicial sobre as decisões da administração. Diferentemente, contudo, Craig (2010) defende a superioridade do controle judicial com base no teste da proporcionalidade, em relação ao escrutínio da razoabilidade, tanto nos casos que envolvem direitos fundamentais quanto em outros casos que não envolvem direitos fundamentais diretamente como os temas de direito administrativo ou outros ramos do direito infraconstitucional. A respeito, levanta importantes objeções e limites ao escrutínio da razoabilidade, tanto em sentido estrito quanto em sentido geral. A conclusão é que o teste da proporcionalidade é o principal critério para o controle judicial das decisões que violam diretamente direitos fundamentais e todas as outras ações estatais reguladas diretamente pela legislação infraconstitucional.

Uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, no entanto, revela que essas distinções são levadas em conta na minoria dos casos julgados. Na grande maioria, as decisões

recorrem ao emprego da proporcionalidade em sentido amplo, identificado esse significado com o escrutínio da razoabilidade e também com o próprio teste da proporcionalidade. As investigações de Silva (2012) e Moraes (2018) já mostraram isso suficientemente, contudo, podem ser rastreadas decisões do Supremo Tribunal Federal cuja fundamentação encontra-se lastreada na aplicação do teste da proporcionalidade, com análise detalhada dos respectivos subtestes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No *Caso Ellwanger*, o Supremo Tribunal Federal empregou o teste da proporcionalidade para examinar a justificação da sanção penal, aplicada como medida restritiva dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e liberdade geral de ação, relacionada à condenação pela prática de crime de discriminação racial perpetrada pela edição, distribuição e venda de livros antisemitas. Nas razões da decisão, entendeu-se que a sanção penal privativa de liberdade fixada na sentença judicial era medida adequada para promover o fim de proteger o bem jurídico constitucionalmente protegido da pluralidade e da tolerância. Assim, deu-se como satisfeito o subteste da adequação. Igualmente, a decisão entendeu cumprida a exigência do subteste da necessidade, com o argumento de que a sanção penal aplicada era a medida menos gravosa. E, quanto ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito, a decisão apresentou o argumento de que a intervenção nos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de liberdade geral de ação está justificada para garantir a preservação da pluralidade e dignidade humana (Brasil, 2004).

No *Caso da Lei da Ficha Limpa*, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade das hipóteses de inexigibilidade dadas na Lei Complementar 135/2010 com base no teste da proporcionalidade. O Ministro Luiz Fux entendeu que as medidas cumpriam as exigências do subteste da adequação, pois promoviam o fim constitucionalmente previsto na disposição do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal. Igualmente, entendeu satisfeito o teste da necessidade, sob o argumento de que as medidas de inelegibilidade estabelecidas eram menos restritivas em relação a outras medidas que poderiam ser empregadas pelo legislador. Do mesmo modo, considerou-se atendido o subteste da proporcionalidade em sentido estrito, pois a intervenção da liberdade de participação política, consistente em concorrer a cargo público, está justificada pelos fins perseguidos da moralidade e da probidade. Nesse sentido, reconheceu-se deferência à ponderação do legislador, sem que tenha havido violação ao núcleo essencial do direito de liberdade política. Quanto à fixação de inelegibilidade pelo prazo de 8 anos, contado da decisão dada por órgão colegiado, antes do trânsito em julgado, o Ministro Luiz Fux, entretanto, entendeu não atendido o teste da proporcionalidade, em razão da proibição do excesso. Esse entendimento veio assentado no fundamento de que a antecipação da inelegibilidade para antes do trânsito em julgado significaria aumento do prazo de 8 anos, nisso caracterizado o excesso a ser proibido. No ponto, restou assentado que modelo proposto no ato normativo examinado poderia conduzir à suspensão de direitos políticos por mais de 40 anos, o que poderia ser identificado como cassação definitiva dos direitos públicos, o que está proibido constitucionalmente (Brasil, 2012).

O Ministro Gilmar Mendes, ao examinar a questão do tempo da inelegibilidade, entendeu não satisfeito nenhum dos subtestes do teste da proporcionalidade, tomando o decidido pelo legislador como medida excessiva de intervenção no direito fundamental de participação política de pleito eleitoral – direito a ser votado. Quanto aos subtestes da

adequação e necessidade, reunidos na análise, entendeu que o fim perseguido pelo legislador – impedir que cidadãos ímprobos sejam candidatos a cargos políticos – poderiam ser alcançados por meios mais adequados e menos gravosos. Por fim, ao exame do subteste da proporcionalidade em sentido estrito, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a medida estatal afetava intensamente os direitos públicos dos cidadãos, revelando-se desproporcional em relação aos objetivos perseguidos pelo legislador (Brasil, 2012).

No *Caso Lei Geral da Copa*, o Supremo Tribunal Federal aplicou o teste da proporcionalidade para reconhecer justificadas as intervenções no direito fundamental de liberdade de expressão (Brasil, 2014). Na decisão, assentou que o direito fundamental de liberdade de expressão não é absoluto, insuscetível de restrições, exatamente em razão de hipóteses de colisão com “outros direitos e valores também constitucionalmente protegidos”, casos de “tensões dialéticas que precisam ser ponderadas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade”. No caso, reconheceu cumpridos os subtestes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No *Caso do Acesso ao Sigilo Bancário*, o Supremo Tribunal Federal aplicou o teste da proporcionalidade em julgamento sobre a constitucionalidade da disposição jurídica que autoriza autoridades fiscais acessarem diretamente, junto às instituições bancárias, informações, dados e documentos sob sigilo (Brasil, 2016). O Ministro Luis Roberto Barroso, nas razões de fundamentação, reconheceu que os direitos fundamentais não são absolutos, mas, passíveis de restrições fixadas pelo legislador, observado o teste da proporcionalidade. A justificação de uma restrição a um direito fundamental requer a satisfação dos testes parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação ao subteste da adequação, entendeu-se que deve ser verificado se o acesso direto aos dados bancários dos contribuintes pelas autoridades fiscais é um meio adequado para promover o fim pretendido, no caso, “promover combate eficaz aqueles contribuintes que buscam sonegar tributos, ocultar patrimônio e dar curso à evasão fiscal”. Sobre isso, o Ministro Luis Roberto Barroso reconheceu que o acesso direto aos dados bancários dos contribuintes, sem necessidade de prévia autorização judicial, é medida “plenamente adequada” para promover fiscalização eficiente, pois confere “maior efetividade à fiscalização, contribuindo para estimular a adimplência voluntária, incrementar a arrecadação e promover a justiça fiscal”.

Quanto ao subteste da necessidade, reconheceu a inexistência de outros meios alternativos igualmente adequados para promover o fim, que não o acesso direto aos dados e informações bancárias. As razões dadas deixam saber que o outro meio alternativo, como a obtenção mediante requisição judicial, não é igualmente eficaz, notadamente pela existência de outras variáveis que podem comprometer a eficácia e celeridade da obtenção dos dados. O acesso direto das autoridades tributárias às informações e dados bancários é mais eficaz para a promoção do fim do que o acesso dessas mesmas informações apenas pela via judicial.

Após reconhecer a satisfação dos subtestes da adequação e necessidade, foram dados argumentos sobre o subteste da proporcionalidade em sentido estrito, reconhecendo-se que a restrição imposta aos direitos fundamentais dos contribuintes está justificada pela promoção dos fins perseguidos. No caso, procedeu-se a uma “análise comparativa entre custos e benefícios”. A restrição nos direitos fundamentais dos contribuintes, decorrente

do acesso direito pelas autoridades fiscais-tributárias às informações e dados bancários, restou considerada como de grau leve, em comparação ao alto grau de importância dos benefícios alcançados pela medida. Em primeiro lugar, entendeu-se que a medida promove a isonomia tributária e a justiça fiscal, a realização dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade na cobrança de tributos e a garantia da livre concorrência. Em segundo lugar, destacou-se que a medida atende não apenas interesse estatal, mas, também, de todas as pessoas, notadamente porque a arrecadação tributária destina-se a promover bens e serviços em favor da coletividade. Em terceiro lugar, apresentou-se o argumento de que o acesso direito às informações e dados bancários dos contribuintes incrementa o combate à inadimplência, na medida em que aumenta a eficiência do combate à sonegação fiscal e promove a justiça fiscal. O custeio das despesas públicas não fica apenas nas mãos dos bons contribuintes, mas de todos. Outro aspecto destacado é que autorizar o acesso direto aos dados bancários dos contribuintes, além da celeridade e rapidez, descarrega o sistema de justiça, na medida em que não há a intervenção dos juízes e tribunais para esse fim. Assim, a conclusão é que os benefícios superam as “leves restrições aos direitos fundamentais” dos contribuintes. Com isso, entendeu-se constitucional o acesso direto às informações e dados bancários dos contribuintes, realizado pelos agentes da fiscalização tributária.

No mesmo julgamento, igualmente, o Ministro Gilmar Mendes entendeu satisfeito o teste da proporcionalidade nos seus subtestes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Quanto ao subteste da adequação, entendeu que a medida estatal promove o fim, exatamente o de viabilizar acesso da autoridade da fazenda aos elementos necessários ao cumprimento de função institucional de fiscalizar e cobrar tributos. Quanto ao subteste da necessidade, igualmente considerado satisfeito, entendeu-se que o acesso “expedito e direto às informações bancárias dos contribuintes revela-se absolutamente indispensável”, assentando não “haver meios capazes de assegurar à autoridade fazendária o mesmo resultado pretendido sem implicar ainda maior restrição aos direitos fundamentais dos contribuintes”. Acrescentou, que outros meios havidos são ainda mais severos e restritivos aos direitos fundamentais dos contribuintes, como os “procedimentos de fiscalização de bagagens nos aeroportos”. Além disso, destacou que outras medidas aventadas não seriam igualmente céleres e eficazes. Por fim, entendeu satisfeito o subteste da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que a restrição imposta ao direito fundamental dos contribuintes é superada pela importância dos objetivos perseguidos pela medida estatal. Quanto ao grau de restrição do direito fundamental dos contribuintes, destacou-se a obrigatoriedade de a autoridade fiscal tributária manter sob sigilo as informações e dados acessados, o que significa que essas informações e dados não estão liberados à publicação. Com isso, fica assumido o grau leve de restrição no direito fundamental dos contribuintes, preservado o seu núcleo essencial.

No *Caso Empacotador de Supermercado*, o Supremo Tribunal Federal aplicou o teste da proporcionalidade para reconhecer a inconstitucionalidade de lei estadual do Rio de Janeiro, que estabelecia a obrigação de os supermercados manterem serviço de empacotador (Brasil, 2017). O Supremo Tribunal Federal entendeu que a restrição imposta ao direito fundamental à liberdade de iniciativa econômica não estava justificada porque não estavam satisfeitas as exigências dos subtestes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade

em sentido estrito. Quanto ao subteste da adequação, entendeu que a obrigatoriedade do serviço de empacotador não é idônea para promover a proteção dos consumidores, em nada contribuindo para maior ou menor proteção, mas, apenas simples benefício a eventuais clientes. Igualmente, o Supremo Tribunal Federal entendeu não satisfeito o subteste da necessidade, considerando que a medida poderia ser substituída por “processo mecânico”. Por fim, entendeu não cumprido o subteste da proporcionalidade em sentido estrito, especialmente em razão do custo da implementação da medida para os estabelecimentos de pequeno e médio porte. Com isso, o Supremo Tribunal Federal tomou como alto o grau de intensidade de intervenção da medida na liberdade de iniciativa econômica dos estabelecimentos comerciais.

Essas decisões deixam saber que o Supremo Tribunal Federal aplica o teste da proporcionalidade em sua formulação *standard*, analisando medidas estatais restritivas a direitos fundamentais a partir dos subtestes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nos casos examinados, o Supremo Tribunal Federal aplicou o teste da proporcionalidade na sua formulação padrão, amplamente aceita e aplicada em outros tribunais constitucionais, como é o caso do Tribunal Constitucional do Peru. As decisões recortadas do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional do Peru mostram a aplicação do teste da proporcionalidade em ação na análise de medidas estatais restritivas de direitos fundamentais.

Neste contexto, contudo, proporcionalidade em ação no Tribunal Constitucional do Peru e no Supremo Tribunal Federal não se identificam integralmente. As razões dadas na aplicação do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional peruano são melhores do que as dadas nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que aplicam a mesma ferramenta metodológica. Em primeiro lugar, verifica-se um padrão da estrutura de fundamentação das decisões do Tribunal Constitucional do Peru, quando aplica o teste da proporcionalidade. Em todos os casos analisados, a aplicação do teste da proporcionalidade obedece à rigorosa análise dos respectivos subtestes da legitimidade do fim, da adequação para promover o fim, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. E, mais, na análise de cada um dos subtestes verifica-se a pretensão de cumprimento da exigência de saturação argumentativa, na medida em que são apresentadas razões para justificar porque a medida examinada persegue um fim legítimo, porque a medida é necessária e porque ela é proporcional em sentido estrito. São dadas razões indicativas sobre a relação de causalidade entre a medida e o fim perseguido, bem como razões sobre a existência ou não de medidas igualmente eficazes menos restritivas e, por fim, são dadas razões sobre graus de intensidade de intervenção ou restrição em direitos fundamentais e graus de importância de satisfação ou proteção de direitos fundamentais ou bem jurídicos constitucionalmente protegidos. Além disso, nos casos examinados, não se percebeu o emprego indistinto de proporcionalidade em sentido amplo, proporcionalidade como princípio, proporcionalidade reduzida à ponderação ou proporcionalidade como razoabilidade.

Essa generalização é uma característica do Supremo Tribunal Federal na grande maioria das decisões em que alude à proporcionalidade, tomada em um sentido holístico, tópico e retórico, no entanto, não é em todos os casos que o Supremo Tribunal Federal emprega a proporcionalidade desse modo, como mostram as decisões examinadas. Como observado,

em decisões pontuais, o Supremo Tribunal Federal emprega o teste da proporcionalidade na configuração *standard*, amplamente aceita e difundida, examinando restrições ao escopo de proteção de direitos fundamentais com base nos subtestes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ainda que sem um satisfatório cumprimento da exigência de saturação argumentativa. No *Caso Ellwanger*, apenas o Ministro Gilmar Mendes emprega o teste de proporcionalidade, analisando cada um dos subtestes, contudo, as razões dadas para justificar a satisfação de cada um deles são bastante singelas. Em relação ao subteste da necessidade, apenas foi apresentado o argumento de que a medida aplicada é a menos gravosa, nada mais sendo acrescentado. Em relação ao subteste da proporcionalidade em sentido estrito, a decisão apresentou o argumento de que a intervenção nos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de liberdade geral de ação está justificada para garantir a preservação da pluralidade e dignidade humana, sem, contudo, aplicar a lei da ponderação. No *Caso da Lei Geral da Copa*, a decisão apenas pronuncia que a medida analisada satisfaz os subtestes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, mas não apresenta argumentos de saturação para justificar porque cada um deles está satisfeito.

Em outros casos, porém, é possível encontrar a correta construção da aplicação do teste da proporcionalidade. A análise do *Caso da Lei da Ficha Limpa* e do *Caso Acesso ao Sigilo Bancário* revelam minucioso e cuidadoso emprego do teste da proporcionalidade. Cada um dos subtestes é analisado com a adequada saturação argumentativa, especialmente no *Caso do Acesso ao Sigilo Bancário*. Com isso, fica demonstrado que a estrutura *standard* do teste da proporcionalidade não é desconhecida aos membros do Supremo Tribunal Federal, mas poucos parecem estar dispostos a suportar o ônus argumentativo de analisar cada um dos seus subtestes. É possível que existam outros casos, mas a amostra recolhida sugere que a aplicação do teste da proporcionalidade na sua configuração com os subtestes da legitimidade do fim, da adequação da medida para alcançar o fim, da necessidade da medida escolhida e da proporcionalidade em sentido estrito da medida tem sido, normalmente, obra da argumentação dos Ministros Gilmar Mendes, Luis Roberto Barroso e Luiz Fux, visto que os outros membros do Supremo Tribunal Federal parecem preferir empregar a ideia da proporcionalidade em sentido mais geral e amplo, como *topoi* ou recurso retórico.

Um fato que pode justificar a falta de unidade e uniformidade no emprego do teste da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em comparação com o Tribunal Constitucional peruano e também com outros tribunais constitucionais da América Latina e europeus, é o procedimento para a fundamentação das decisões. Na prática do Tribunal Constitucional Peruano e de outros tribunais constitucionais da América Latina, como é o caso da Corte Constitucional da Colômbia, bem como de tribunais constitucionais europeus, como é o caso do Tribunal Constitucional Federal alemão, e também da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, as razões de fundamentação de uma decisão são unânimes, normalmente construídas por um de seus membros, escolhidos conforme o regimento ou tradição do próprio tribunal constitucional. Nos casos de dissidência (*dissenting opinion*), evidentemente, os juízes dissidentes da maioria apresentam suas razões de fundamentação. Na prática regimental do Supremo Tribunal Federal, contudo, mesmo na ausência de dissidência, cada um dos seus membros está liberado para apresentar suas razões de fundamentação por meio

de seus “votos”, o que leva a uma pluralidade e diversidade de razões. Com isso, pode-se ganhar porque mais e diferentes razões podem ser apresentadas para justificar uma mesma solução, mas pode-se perder muito em coerência, uniformidade e rigor argumentativo.

## 5 CONCLUSÃO

Esta investigação tratou de analisar a aplicação do teste da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de uma visão comparada com o emprego desse mesmo instrumento metodológico pelo Tribunal Constitucional do Peru.

O ponto de partida dessa análise foi a formulação de que o Brasil e o Peru são Estados de direito constitucionais democráticos, com uma constituição rígida, um catálogo de direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional, com a função de servir de guarda da constituição e de proteger os direitos fundamentais.

Igualmente, restou assumido que essa formulação coloca Brasil e Peru no contexto do constitucionalismo de direitos global e da cultura da justificação. O constitucionalismo de direitos significa vinculatividade da legislação, da administração e da jurisdição aos direitos fundamentais. A palavra final sobre proteção dos direitos fundamentais é tarefa da jurisdição, a quem cabe analisar se as restrições que atingem o escopo de proteção dos direitos fundamentais estão justificadas. O teste da proporcionalidade é a ferramenta metodológica do constitucionalismo global e da cultura da justificação amplamente empregado para analisar se essas restrições estão justificadas racionalmente. Uma medida restritiva de um direito fundamental fixada pela legislação, administração e até mesmo pelos tribunais, somente estará justificada se atendidas as exigências do teste da proporcionalidade.

O teste da proporcionalidade tem uma estrutura *standard* amplamente aceita e difundida no âmbito do constitucionalismo de direitos global e da cultura da justificação. Nessa configuração, uma medida fixada restritiva do escopo de proteção de um direito fundamental somente está justificada se satisfeitos os quatro subtestes do teste da proporcionalidade. Isso significa legitimidade do fim perseguido, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida estatal analisada.

O Tribunal Constitucional do Peru consolidou a aplicação do teste da proporcionalidade como metodologia para verificar a justificação de restrições ao escopo de proteção de direitos fundamentais, fazendo-o com fundamento, em primeiro lugar, na disposição do artigo 200 da Constituição do Peru e, em segundo lugar, no Estado de direito, segurança jurídica e justiça material.

O exame de decisões ilustrativamente recolhidas, decisões dos Casos *Calle de las Pizzas*, *Plaza Veas* e *Ley antitabaco*, permitiu verificar como exatamente o Tribunal Constitucional do Peru emprega a ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade. Restou demonstrado o emprego do modelo *standard*, na medida em que o Tribunal Constitucional ocupa-se de desonerar-se do ônus argumentativo em relação a cada um dos quatro subtestes, com a apresentação de razões que justificam a satisfação ou não de cada um deles. Igualmente, restou verificado um padrão argumentativo das decisões, pois o teste da proporcionalidade é aplicado do mesmo modo em todos os casos. O resultado é a melhor qualidade de fundamentação da aplicação do teste da proporcionalidade.

A análise de decisões do Supremo Tribunal Federal demonstra certa preferência por aplicação de algo como uma concepção geral e ampla de proporcionalidade, sem precisão e rigor, mais próxima de um *topoi* retórico do que propriamente do teste da proporcionalidade. Essa concepção, normalmente, aparece identificada ou associada à razoabilidade e à ponderação. Na maioria dos casos, então, o Supremo Tribunal Federal recorre a essa concepção obscura e vaga de proporcionalidade, cuja contribuição para a fundamentação racional de uma decisão judicial não pode ser verificada. Com isso, a conclusão é que na grande maioria dos casos, o Supremo Tribunal Federal não aplica o teste da proporcionalidade.

A análise qualificada de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal permite afirmar que o teste da proporcionalidade não é desconhecido e, em alguns casos, aplicado em sua configuração *standard*. O exame dos casos *Ellwanger*, *Lei da Ficha Limpa*, *Acesso ao Sigilo Bancário e Empacotador de Supermercado*, recortados de decisões do Supremo Tribunal Federal configuram aplicação do teste da proporcionalidade e não apenas de uma concepção geral, vaga e obscura de proporcionalidade. Nessas decisões, o Supremo Tribunal Federal analisou as medidas restritivas do escopo de proteção de direitos fundamentais a partir de cada um dos subtestes do teste da proporcionalidade, respondendo sobre a legitimidade do fim, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Com isso, ganha-se em transparência e racionalidade na fundamentação, na medida em que são dados os critérios e os indicadores da contribuição da proporcionalidade na justificação judicial.

Em comparação ao Tribunal Constitucional do Peru, a prática argumentativa de fundamentação do Supremo Tribunal Federal, quanto ao emprego do teste da proporcionalidade, carece de melhor qualificação. Primeiro, porque o Supremo Tribunal Federal parece preferir recorrer mais a uma concepção geral, vaga e obscura de proporcionalidade do que, efetivamente, aplicar o teste da proporcionalidade na sua configuração *standard*; e, segundo, porque o cumprimento do ônus argumentativo deve ser satisfeito com maior saturação, o que significa plenitude de razões sobre a legitimidade do fim, a adequação da medida para realização do fim, a existência ou não existência de medidas alternativas menos onerosas e a proporcionalidade em sentido estrito. Sobre esse último subteste, aliás, as decisões do Supremo Tribunal Federal trazem poucos argumentos sobre a lei da ponderação, os graus de intensidade de restrição e de importância, bem como, sobre a segurança das premissas empíricas pressupostas pelas medidas examinadas.

A conclusão é a de que o emprego do teste da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional do Peru é fundado em melhor estrutura argumentativa se comparado ao Supremo Tribunal Federal. Por isso mesmo, está justificado formular que o Supremo Tribunal Federal deve olhar com mais atenção acerca de como os outros tribunais constitucionais aplicam a metodologia do teste da proporcionalidade, e, nessa direção, a prática do Tribunal Constitucional do Peru pode servir como ilustração e inspiração.

## 6 REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, SA 46 (CC). 2001.

ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, 2 BVR 1005, 2020.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrecht*. Frankfurt am Main: Surkamp, 1994.

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BARRERA, Eloy Espinosa-Saldaña. Informe sobre el principio o test de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *European Commission for Democracy through Law*, p. 1-16, 2019.
- BRASIL. *Lei Complementar 135/2010*, Brasília, Presidência da República, 2010. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm)
- BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82424*. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 19 abr. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 29*. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 19 abr. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5136*. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282430/false>. Acesso em: 19 abr. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REXT 601314*. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>. Acesso em: 19 abr. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 907*. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14113979>. Acesso em: 19 abr. 2023.
- CASTILLO-CÓRDOVA, Luis. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Repositório Institucional PIRHUA*, Universidad de Piura, p. 1-22, 2005.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. The administrative origins of constitutional rights and global constitutionalism. In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark (ed.). *Proportionality*. New frontiers, new challenges. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 103-129.
- CRAIG, Paul. Proportionality, rationality and review. *New Zealand Law Review*, Auckland, p. 265-302, 2010.
- DYZENHAUS, David. Proportionality and deference and in a culture of justification. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Gregoire. *Proportionality and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 234-258.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MASTRODI, Josué. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 577-596, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de jurisprudência*, n. 23/94, p. 469-475, 1994.
- MORAES, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Robert Alexy pelo STF*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivum, 2018.
- PERU. Tribunal Constitucional. *0010–2000–AI/TC*. 2003. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>. Acesso em: 19 abr. 2023.
- PERU. Tribunal Constitucional. *0007–2006–AI/TC*. 2007. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>. Acesso em: 19 abr. 2023.
- PERU. Tribunal Constitucional. *0032–2010–PI*. 2011. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.html>. Acesso em: 19 abr. 2023.
- PERU. Tribunal Constitucional. *02437-2013-PA*. 2014. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2023.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- REINO UNIDO. *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation, King’s Bench Division, Court of Appeal*, 223, 1948.
- ROA ROA, J. E. El Modelo de Constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia Constitucional en Colombia. *Serie Documentos de Trabajo*, Departamento de derecho constitucional, n. 40, p. 1-20, 2015.
- SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SWEET, Alec Stone; MATHEUS, Jud. Proportionality balancing and global. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, p. 72-164, 2008.

TAGGART, Michael. Proportionality, deference, wednesbury. *New Zealand Law Review*, Auckland, p. 423-482, 2008.

YOUNG, Katherine. Proportionality, reasonableness, and economic and social rights. *In:*

JACKSON, Vick C.; TUSHNET, Mark (ed.). *Proportionality*. New frontiers, new challenges. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 248-272.

**Autor correspondente:**

Anizio Pires Gavião Filho

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Rua Cel. Genuíno, 421 – Centro Histórico. Porto Alegre/RS, Brasil. CEP: 90010-350.

E-mail: piresgaviao@hotmail.com

Todo conteúdo da Revista Direitos Humanos e Democracia  
está sob Licença Creative Commons CC – By 4.0.