

Em torno do Princípio da Proporcionalidade^[*]

Paulo Ferreira da Cunha

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

[*] Este texto denotará algumas intertextualidades com um trecho (*Notas à Margem sobre Proporcionalidade*), da segunda parte do nosso artigo para os *Ensaios em Homenagem ao Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho. Arte, Filosofia e Direito – A Partir De Uma Teoria Poética Do Direito*, Mauá, São Paulo: Letras Jurídicas, 2021, que em alguma medida tem como pano de fundo mais remoto reflexões anteriores, nomeadamente do nosso esgotado livro *Direito Constitucional Geral. Uma Perspetiva Luso-Brasileira*, São Paulo: Método, 2007. Trata-se aqui apenas de uma síntese da nossa perspetiva sobre o problema, com algumas aporções jurisprudenciais e em diálogo com

SUMÁRIO: I. A CAIXA DE FERRAMENTAS. II. PROPORCIONALIDADE, DENSIFICAÇÃO DE VALORES. III. PRINCÍPIO E SUBPRINCÍPIOS. IV. METODOLOGIA DA APRECIACÃO. V. PRINCÍPIO ENTRE PRINCÍPIOS, PRINCÍPIO DE PRINCÍPIOS. VI. O PRINCÍPIO “SOPRA ONDE QUER”. VII. *EXEMPLA*. 1. Legalidade. 2. Audição, contraditório. 3. “Santo Nome da Constituição”. 4. Supralegalidades. VIII. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

elas. Mais perspetivas, desenvolvendo o assunto, poderão v.g colher-se, recentemente e entre nós, no *e-book* de DULCE LOPES / FRANCISCO PEREIRA COUTINHO / CATARINA SANTOS BOTELHO (Comissão Organizadora), *O Princípio*

da proporcionalidade. XIII Encontro de Professores de Direito Público, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, setembro de 2021.

«[...] os princípios gerais do direito não constituem criação jurisprudencial; e não preexistem externamente ao ordenamento. A autoridade judicial, ao tomá-los de modo decisivo para a definição de determinada solução normativa, simplesmente comprova a existência no bojo do ordenamento jurídico, do direito que aplica, declarando-os. Eles são, destarte, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento jurídico.»

EROS ROBERTO GRAU^[1]

[1] EROS ROBERTO GRAU, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 5.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

I. A CAIXA DE FERRAMENTAS

A grande caixa de ferramentas do Direito (a metodologia jurídica propriamente dita) não parece ser, infelizmente, muito estudada nas universidades, *qua tale*, sendo uma descoberta, entre o fascinante e o doloroso, para os aprendizes de juristas quando se confrontam com o desafio premente da prática^[2]. Na ingência dos prazos e da confluência das sinetas (ou sirenes) dos prazos (raramente em cânone, mais frequentemente em chinfrineira de pressas), os aprendizes de juristas, chegados ao oceano infindo e revolto da prática, acabam por ter saudades do tempo perdido dos bancos da Faculdade, em que podiam ter aprendido tanto mais, que agora lhes faz tanta falta. E pior ainda será quando se não se apercebem sequer do que lhes falece.

Mas o problema é que esta nostalgia, podendo ter como base alguma plausibilidade nesta nossa efabulação hipotética, enferma contudo por dois pontos: por um lado, muitas vezes, mesmo que o novel jurista houvesse estudado tudo o que lhe foi ensinado e recomendado, não teria adquirido a lâmpada de Aladino que lhe permitiria resolver agora, com auxílio de um génio benfazejo, os casos presentes.

Muito do que faz falta na prática não se estuda, e nem se pode estudar – porque não há tempo, nem há em tudo o que se deve saber e treinar a mesma homologia de sentido para que se possa integrar num *curriculum*. Por outro lado (e esse é um problema para todos os juristas, novos e mais velhos), a caixa de ferramentas está a crescer todos os dias. Mesmo que estivesse impregnada de uma fúria de apanhar todas as novidades (e há alguns académicos que, como na estória do fato de Bocage, parece não se decidirem

[2] Sobre os problemas, perspetivas e a nossa conceção da metodologia jurídica, cf., recentemente, o nosso livro *Metodologia Jurídica – Iniciação &*

Dicionário, 4.^a ed., atualizada, revista e ampliada, Coimbra: Almedina, 2021, Prefácio de Joana Aguiar e Silva.

por uma teoria, porque sabem que logo virá uma nova – e querem sempre andar na moda), a Universidade não conseguiria nunca todas abarcar. Aliás, há a necessidade de distinguir o essencial e o acessório...

E depois, como bem assinalou Jacques Leclercq^[3], há uma construção *more geometrico* das teorias, uma criação sem freio. Ora chega a ser reconfortante, ao ver-se que pouco se adianta com algumas renovações doutrinárias de velhas e clássicas ideias, quando a doutrina ou a jurisprudência, aparentemente com alguma prudência “infusa”, não prestam grande atenção às modas, e persistem num caminho que já deu bons frutos.

Evidentemente que se pode perder com essa desconsideração de algumas novidades. E por isso é que é necessário destrinçar o trigo do joio. É de recomendar, pois, a visita regular aos armazéns de ferramentas jurídicas, o determo-nos nas prateleiras das novidades (aí nas grandes vitrinas das lojas modernas, não nos armazéns, por vezes até um tanto sombrios), e testarmos alguns materiais da moda. Mas apenas usar o que realmente seja comprovadamente útil ou, no mínimo, dê garantias de não ser mais um simples *gadget*.

II. PROPORCIONALIDADE, DENSIFICAÇÃO DE VALORES

As constituições cidadãs, como a Constituição da República Portuguesa em vigor, são constituições não apenas programáticas como principiológicas. Tal em nada contende, porém, com o seu caráter compromissório, vocacionadas que estão para serem magnas cartas sociais, de sociedades pluralistas e naturalmente agónicas

[3] JACQUES LECLERCQ, *Du droit naturel à la Sociologie*, trad. port., *Do Direito Natural à Sociologia*, São Paulo: Duas Cidades, s/d.