

---

O (RE) CLAMAR DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:  
ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTITUIÇÃO

THE CLAIMING OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: THE  
ACCESS OF JUSTICE IN THE CONSTITUTION

Lizana Leal Lima\*  
Valéria Ribas do Nascimento\*\*

**Resumo:** Os princípios constitucionais possuem ação determinante na efetivação de todo o ordenamento jurídico. Eles atuam como ponto de partida para a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Dentre os princípios que integram o Direito Constitucional, ganha cada vez mais destaque, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade. Este princípio não é consagrado explicitamente pela Carta Constitucional, mas existe no mundo jurídico através do processo hermenêutico. Por isso a necessidade de se verificar a efetividade desse princípio e sua relação com os direitos fundamentais, através do estudo da Constituição e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, o presente tema é de grande relevância, tendo em vista o fato de proporcionar uma maior reflexão a respeito da solução de “conflitos” atinentes a direitos fundamentais, bem como ao acesso à justiça na Constituição. Atua, portanto na proteção de direitos considerados relevantes para o indivíduo e, conseqüentemente, para a sociedade. Dito isso, observa-se a importância deste princípio, diretamente relacionado à efetividade das garantias da pessoa humana e às promessas do Estado Democrático brasileiro. A metodologia utilizada é a dialética, a qual parte da contraposição de idéias entre diferentes autores.

**Palavras-chave:** Princípios. Regras. Proporcionalidade. Constituição e Supremo Tribunal Federal.

---

\* Aluna do curso de pós-graduação Especialização em Direito Público da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Advogada. e-mail: lizanalima@hotmail.com.

\*\* Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) e UNISINOS. Advogada. e-mail: valribas@terra.com.br.

**Abstract:** The constitutional principles possess determinative action in the effectiveness of all legal system. They act as the starting point for the interpretation of the constitutional and infraconstitutional rules. Amongst the principles that integrate the Constitutional Law, the principle of the proportionality receives more prominence, also in the jurisprudence of the Supreme Federal Court. This principle is not approved explicitly by the Constitution, but it exists in the legal world through hermeneutic process. Therefore is the necessity of verifying the effectiveness of this principle and its relation with the basic rights, through the study of the Constitution and the jurisprudence of the Supreme Federal Court. Thus, the present subject is of great relevance, so that, it approaches, regarding the solution of conflicts referent to the basic rights, as well as the access to justice in the Constitution. It acts, therefore in the protection of rights considered relevant for individuals and, consequently for the society. Being this afore stated, the importance of this principle is observed, directly related to the effectiveness of the guarantees of the individuals and to the promises of the Brazilian Democratic State. The used methodology is the dialectic that starts from the contraposition of ideas between different authors.

**Keywords:** Principles. Rules. Proportionality. Constitution. Supreme Federal Tribunal.

*Interpretar é iluminar as condições sobre as quais se compreende.*

(Gadamer)

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o princípio da proporcionalidade sob o prisma da Constituição Federal. O tema justifica-se pelo fato do mesmo não estar expresso na Constituição Federal, suscitando o questionamento do reconhecimento de sua aplicabilidade e sua fundamentação normativo-constitucional, uma vez que seu objetivo é o de assegurar uma melhor efetividade e aplicabilidade dos direitos fundamentais para que sejam sopesados e empregados na proporção adequada.

Cabe, desde já, ressaltar que o princípio da proporcionalidade é de difícil definição. Devido à ausência de forma expressa na Constituição, muitas vezes é confundido com o princípio da razoabilidade. Logo, pretende-se esclarecer a diferença existente entre os dois princípios, fazendo com que se compreenda o princípio da proporcionalidade ao invés de tentar defini-lo. Vale consignar que a temática, do ponto de vista histórico, será abordada superficialmente.

O presente tema atende a linha de pesquisa “Acesso à Justiça: solução de conflitos atinentes a Direitos Individuais e Transindividuais”, tendo em vista que a finalidade do princípio em tela é de tentar solucionar “conflitos” e proteger direitos considerados relevantes para o indivíduo. Isso é reforçado pelo fato de o tema escolhido ter como base a teoria hermenêutica, a qual busca, através do princípio da proporcionalidade, uma maneira de atender as peculiaridades do caso concreto, limitando o poder do Estado e proporcionando uma melhor aplicação dos direitos fundamentais.

Em decorrência disso, trata-se primeiramente da diferença entre regras e princípios e o estudo da “colisão entre princípios”. Será empreendida uma análise sobre a teoria dos princípios como espécies normativas, bem como a discussão acerca da resolução das “colisões” entre princípios a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade. Em um segundo momento, estuda-se especificamente o princípio da proporcionalidade, sua recepção pela Constituição Federal e, também, sua aplicabilidade no Supremo Tribunal Federal.

Não há a pretensão de exaurir a complexidade da matéria, pretende-se com o presente estudo proporcionar uma reflexão à comunidade acadêmica e aos operadores do direito, orientada a satisfazer as necessidades de uma nova sociedade, por força do Estado Democrático de Direito, pela consagração de um rol de direitos fundamentais e princípios jurídicos, em especial o princípio da proporcionalidade. Busca-se dessa forma, demonstrar que este mecanismo de interpretação não necessita vir expresso na lei para ser contemplado pelos operadores do direito, a fim de que se obtenham medidas proporcionalmente eficazes, que contribuam para a evolução social.

## 2 REGRAS E PRINCÍPIOS: ESPELHO DA CONSTITUIÇÃO?

O estudo sobre os princípios demonstrou, no decorrer do século XX, um grande avanço no conteúdo do Direito como um todo, e de cada área do Direito em específico. Isso possibilitou uma melhor interpretação das normas constitucionais na tentativa de acompanhar as mudanças sociais.

A palavra princípio, deriva do latim *principium*, que significa início, começo, origem de algo (SANTOS, 2001, p. 192). A filosofia entende que princípio é a origem de uma ação ou de um conhecimento, proposição posta no início de uma dedução (LALANDE, 1999, p. 860). No campo da ciência jurídica, significa a regra maior pela qual se guiam todas as regras. É a estrutura básica e fundamental da qual derivam todas as demais regras jurídicas (SANTOS, 2001, p. 192).

Existem princípios que não fazem parte do contexto legal, mas permanecem no mundo jurídico através de um processo hermenêutico, seja por estarem implícitos na norma positiva, como acontece com o princípio da proporcionalidade, seja pela busca de soluções jurídicas, tendo por base o direito comparado, ou ainda através de textos doutrinários.

É importante ressaltar, que os princípios não precisam estar expressos num determinado diploma jurídico para ter força vinculante. Portanto, não é por não ser expresso que o princípio deixará de ser norma jurídica. Reconhece-se, assim, normatividade não só aos princípios que são explícitos, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o direito (LIMA, 2005).

Crisafulli (1952 apud BONAVIDES, 2001, p. 230), foi o primeiro a afirmar a normatividade dos princípios:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam [...] estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contêm.

Acerca da normatividade dos princípios jurídicos destaca-se ainda o seguinte entendimento:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim não há dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se não são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio das espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que sirvam as normas expressas (BOBBIO, 1999, p. 158).

Portanto, pode-se afirmar que os princípios constitucionais são normas dotadas de substancialidade e aplicabilidade. Desse modo, a idéia de princípio está

intimamente ligada à noção de fundamento, base, pressuposto teórico com a finalidade de orientar o sistema jurídico (CRISTÓVAM, 2007).

Superada a questão da normatividade dos princípios, em geral faz-se necessário analisar as diferenças existentes entre dois tipos de normas: as regras e os princípios. Estabelecendo-se essa diferenciação, tem-se um ponto de partida para o estudo do princípio da proporcionalidade, sendo este princípio um dos pilares dos direitos fundamentais.

A partir de um sentido amplo e abrangente, podem-se distinguir regras e princípios da seguinte maneira:

Cabe agora introduzir nosso tema no contexto da diferença entre normas que são “regras” daquelas que são “princípios”, sendo entre essas últimas que se situam as normas de direitos fundamentais. As regras trazem a descrição de estado-decoisa formada por um fato ou certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta de valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos a que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral a abstrata das regras (GUERRA FILHO, 1991 apud REZEK NETO, 2004, p. 44).

Sobre essa questão, Robert Alexy tenta demonstrar que a diferença existente entre princípios e regras não é quantitativa, mas qualitativa, ou seja, na teoria tradicional (quantitativa, Bobbio), a quantidade ou o grau de generalidade de uma norma é que estabelece a diferença entre princípio e regra. A tese defendida por Alexy denominada “tese forte da separação” (qualitativa) preocupa-se mais com a melhor realização de determinada norma (ALEXY, 1997, p. 81-7).

Sustenta esse autor que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, são mandados de otimização. As regras são normas que podem ou não ser cumpridas. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e no juridicamente possível. Isso significa que a diferença que reside entre regras e princípios é qualitativa e não de grau de generalidade (ALEXY, 1997, p. 81-7).

Observa-se ainda a seguinte distinção:

Los principios, no contienen mandatos definitivos sino solo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que

pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades facticas. Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas e facticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas e facticas, lo que puede conducir a su invalidez, pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice (ALEXY, 1997, p. 99).

Paralela à idéia de Alexy, Streck, ressalta que as regras estão “subsumidas” nos princípios, ou seja, elas apenas encobrem os princípios. Estes são elementos instituidores, seriam os elementos que existencializam as regras que eles instituíram, sendo impossível isolar regras e princípios. Admite existir uma essencial diferença que se dá por via da relação sujeito-objeto, pela teoria do conhecimento, mas não há separação entre regras e princípios. Discorda também que os princípios seriam “mandatos de otimização”, pois se trataria de descaracterizar a noção de princípio, abstraindo a regra e afastando a razão prática ínsita aos princípios (STRECK, 2006, p. 145, 167).

Assim, infere-se da idéia deste doutrinador que na era do pós-positivismo não se deve entender que as regras estariam ligadas à subsunção, pois se estaria voltando à era do positivismo. Como também não se podem associar princípios às teorias argumentativas, e nem os compreender como um subterfúgio para cobrir lacunas por insuficiência de previsão legal. Com isso haveria a possibilidade de um retorno à discricionariedade positivista, dando uma grande margem interpretativa aos juízes (STRECK, 2006).

Uma outra forma de distinguir regras e princípios é a sustentada por Ronald Dworkin. Para ele as regras são aplicáveis no campo do *tudo ou nada*, ou são completamente aplicáveis ou não possuem aplicação nenhuma. Já os princípios constituem-se em *razões para decidir*, não são aplicáveis automaticamente, mesmo que satisfeitas todas as condições de aplicabilidade, mas, possuem a qualidade de critério que se deve levar em conta numa decisão judicial (DWORKIN, 2001 apud CRISTÓVAM, 2007).

Muito embora se admita o conceito de princípios como sendo mandamentos de otimização, isso não representa um mecanismo infalível para distinguir regras de princípios. Entretanto, verifica-se essa influencia dentro do modelo pós-positivista, sua aplicação vem demonstrada nas decisões judiciais como instrumento para solução de “conflitos” e é, também, muito utilizada na teoria dos direitos fundamentais.

A Constituição é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda a ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos (BARROSO, 2000).

Canotilho (1998, p. 172) considera princípios jurídicos fundamentais aqueles “historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. Leciona ainda que os princípios jurídicos “pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”. Nas palavras de Bonavides (2001, p. 231), “os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.

Das reflexões até aqui estudadas, importante se torna assinalar o questionamento feito por Tribe e Dorf: “será que a Constituição é simplesmente um espelho por meio do qual é possível enxergar aquilo que se tem vontade?” (TRIBE; DORF, 2007, p. 3). Estes autores explicam que a autoridade da Constituição, sua exigência por obediência, e o poder que lhe é dado para atuar sobre as leis, poderia perder legitimidade se a Carta Maior fosse vista como um espelho onde se refletem as idéias e ideais de quem a lê. Acrescenta ainda que: “temos que encontrar princípios de interpretação que possam ancorar a Constituição em uma realidade externa mais segura e determinada. E essa tarefa não é simples” (TRIBE; DORF, 2007, p. 11).

Fica claro, portanto, que os princípios jurídicos, principalmente no âmbito do direito constitucional, são normas que sustentam todo ordenamento jurídico, podendo vir expressos por enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Partindo dessas considerações, no próximo item, analisa-se a importância e função dos princípios, em especial dos princípios constitucionais.

## **2.1 Importância e funções dos princípios**

É a existência de regras e princípios que permite, na concepção de Canotilho, a compreensão do direito constitucional como um sistema aberto. Se o modelo jurídico estivesse formado apenas por regras estaria restrito a um sistema fechado, com uma disciplina legal exaustiva de todas as situações, alcançando a segurança, mas impedindo que novas situações fossem abarcadas pelo sistema. Por outro lado, somente a adoção de princípios seria impossível, pois diante de tal

indeterminação, sem a existência de regras precisas, o sistema mostrar-se-ia falho de segurança jurídica e surgiria uma tendência à incapacidade de reduzir a complexidade do próprio sistema. Diante da impossibilidade de se construir um sistema, formulado apenas com regras ou com princípios, é que se propõe o sistema formado por princípios e regras (CANOTILHO, 1998).

Por outro lado, Streck (2006, p. 212), entende que os princípios não *abrem* o processo interpretativo, e sim proporcionam um *fechamento* da interpretação, isto é, servem como blindagem contra a *livre atribuição de sentidos*. Para ele, são os princípios que, ao introduzirem o mundo prático, *garantem* uma espécie de *objetividade* na interpretação.

Estabelecer o direito constitucional com base em princípios, além de possibilitar a solução de certas questões metódicas, permite maior abertura, legitimidade de enraizamento e possibilidade de concretização do próprio sistema, seja o texto constitucional garantista ou pragmático (CANOTILHO, 1993).

Os princípios possuem basicamente duas funções: função normogenética que significa que os princípios são pré-determinantes do regramento jurídico são os vetores que devem direcionar a elaboração, o alcance e o controle das normas jurídicas. E possuem a função sistêmica, na qual o exame dos princípios de forma globalizada permite a visão unitária do texto constitucional. Mas o rol de funções não se resume a elas (CANOTILHO, 1993).

Existe, também, a função orientadora. Significa dizer que os princípios constitucionais servem de norte à criação legislativa e à aplicação de todas as normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais. A função vinculante quer dizer que todas as regras do sistema jurídico estão presas aos princípios constitucionais que as inspiraram. Na função interpretativa, que caminha junto com os valores éticos, sociais e políticos, tem-se por base respeitar a harmonia entre o conteúdo das regras jurídicas e os princípios. E, por fim, a função supletiva, que tem por finalidade suprir a aplicação do direito a situações fáticas que ainda não foram objeto de regulamentação.

Os princípios possuem uma importância vital nos ordenamentos jurídicos, isso se torna cada vez mais evidente, sobretudo no corpo das Constituições, onde, nos dias atuais, se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. “Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores<sup>1</sup>, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada” (BONAVIDES, 2001, p. 260).

---

<sup>1</sup> Aqui não é relevante discutir acerca da diferença entre princípios e valores, questão que não é abordada no estudo.

Assim, por função dos princípios deve-se compreender o objetivo ou finalidade perseguida pelo operador do direito quando aplica um princípio, no sentido de explicação do ordenamento, permitindo interpretá-lo ou integrá-lo. Nota-se que os princípios possuem várias funções e estas é que os tornam tão importantes no ordenamento jurídico, em especial ao direito constitucional. São os princípios que, junto com as regras formam um sistema mais justo e eficaz.

## 2.2 “Colisão” entre Princípios Constitucionais

É comum aos operadores do direito, se depararem com princípios colidentes. É o que se denomina colisão de princípios ou antinomias jurídicas. Antinomias estas que precisam ser solucionadas, de tal forma que uma norma deve ceder diante de outra, ou de um princípio, conforme o caso, desde que se faça necessária a unidade e se estabeleça a relação interna do sistema (BARROS; BARROS, 2006).

A doutrina estrangeira, no pensamento de Dworkin, compreende que o juiz deve garantir os direitos institucionais das partes, ou seja, aqueles que existem além dos direitos criados por uma decisão judicial ou prática social expressa. Deverá lançar mão de certos princípios, oriundos da norma jurídica, que funcionarão por meio de um juízo de ponderação. Assim, propõe uma teoria dos direitos pragmática, entendendo existir somente uma resposta correta para cada caso concreto apresentado ao juiz. Esta resposta correta a ser empregada nos *hard case*<sup>2</sup> (casos difíceis), deverá estar fundada em princípios individuais, devendo o juiz estabelecer o conteúdo moral de sua decisão, e não apenas aplicar a lei de forma mecânica à hipótese de fato, ou ainda ter a liberdade para selecionar a solução que julgar mais certa dentre as diversas soluções ofertadas pelo ordenamento jurídico (COUTINHO, 2007).

---

<sup>2</sup> Sobre *hard cases*, Streck defende a tese que a distinção ou cisão entre *easy cases e hard cases* é metafísica. Explica esse autor: “não estou excluindo a dimensão da causalidade e tampouco a possibilidade de que os assim denominados casos simples ocorram de forma objetiva. O que procuro questionar, com base no paradigma hermenêutico (fenomenologia hermenêutica), é que – em relação à distinção *easy-hard cases* – a dimensão da causalidade não pode esconder a explicação de sua origem essencial. Ao fazer a distinção entre as operações causais-explicativas (deducionismo) destinadas a resolver os casos simples e as “ponderações” calcadas em procedimentos que hierarquizam cânones e princípios (ou postulados hermenêuticos) para resolver os casos complexos, reduz-se o elemento essencial da interpretação a uma relação sujeito-objeto. Ele não nega que possam existir casos simples; o problema está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos simples e casos difíceis” (STRECK, 2006, p. 197).

Alexy estabelece que uma colisão entre princípios existe quando aplicados separadamente. Os princípios que se encontram em conflito conduzem a resultados contraditórios, ou seja, dois juízos de dever-ser jurídico incompatíveis. Daí diferencia-se a solução dos conflitos dos princípios da solução dos conflitos das regras. É que as últimas têm solução no plano do abstrato, enquanto que os princípios têm solução no caso concreto e no plano fático e jurídico. Duas regras em conflito não podem ser ao mesmo tempo válidas; os conflitos entre princípios, ao contrário, são ambos válidos apesar de conflituosos (ALEXY, 1997).

Ainda nesse sentido:

Cuando dos principios entran en colisión - tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido - uno del los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso (ALEXY, 1997, p. 89).

Dessa forma, assinala esse jurista que o conflito de regras se dá na dimensão da validade, e o conflito de princípios na dimensão do peso. Esta idéia de peso significa que a colisão existente entre princípios será resolvida com uma ponderação destes. Portanto, em determinada circunstância concreta, ocorrerá à prevalência de um princípio em função do outro.

Canotilho também tratando dessa questão, preconiza que:

Daí o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismos* entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma “lógica do tudo ou nada”, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu “peso” e as circunstancias do caso (CANOTILHO, 1993, p. 1056).

Doutrinadores como Willis Santiago Guerra Filho e Chade Rezek Neto solucionam a colisão de princípios com a aplicação do “princípio ordenador do direito”, o “princípio dos princípios”, intitulado de princípio da proporcionalidade, tendo por finalidade um maior respeito, em determinada situação, a um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo possível o outro princípio, e jamais lhe faltando totalmente o respeito (REZEK NETO, 2004).

Germano Schwartz traz a proposta de Ost que classifica mitologicamente os juízes em três grupos, onde cada um deles utiliza-se das normas e dos princípios em suas decisões de forma diferente. O primeiro é o juiz Júpiter, baseado no

modelo piramidal Kelseniano representante do modelo clássico dos juristas. Nesse modelo o juiz é um escravo da lei, isto é, as normas sempre vêm impostas. O outro modelo de juiz é comparado à figura trágica do Deus Hércules que avoca para si o trabalho de julgar e de, por intermédio de seus braços, transformar a realidade social, que se origina de sua culpa. Desloca-se assim, o centro do Direito para o juiz que passa a se tornar um semideus. O juiz herculiano, é, portanto, um homem que se torna engenheiro social, ao contrário do juiz jupiteriano, servo das normas. E, por fim, o juiz Hermes seria o modelo de magistrado proposto por Ost para a sociedade contemporânea. Hermes é o Deus da comunicação e da circulação, seria o juiz da intermediação, não se preocupa com hierarquias, mas sim com a constante evolução da dinâmica social (SCHWARTZ, 2006).

Dessa classificação mitológica se faz necessário ressaltar que Dworkin na já citada teoria da única resposta correta, estabelece como modelo ideal de julgador o juiz Hércules. Este juiz, tido como onisciente e sobre-humano, sabe que não possui legitimidade para criar normas, sabe também que as partes em conflito buscam uma resposta baseada na lei. Sua tarefa é achar a melhor resposta jurídica, explicando e justificando o direito explícito. Para ele, só existem dois caminhos: reconhecer o direito de uma ou de outra parte. Assim, para este autor, no modelo ideal do juiz Hércules não existe uma resposta intermediária ou uma terceira via (CRISTÓVAM, 2007).

De tudo que foi dito, entende-se por certo que não se está discutindo “colisão” entre princípios constitucionais absolutamente contraditórios capazes de abalar o sistema constitucional, entretanto inclina-se a discussão em torno de princípios opostos que não se combinam na solução de determinado caso, mas não acarretam riscos de ruptura da ordem jurídica constitucional. Portanto, primeiro deve ocorrer à verificação da existência ou não, de norma regulamentadora do caso concreto. Se esta existir, não há que se falar em ponderação, evitando assim a discricionariedade do poder judiciário nas suas decisões. De modo diverso, caso não exista lei que regule determinada situação e, ocorrendo “conflito” entre direitos, utiliza-se o princípio da proporcionalidade. As questões até então estudadas são básicas e essenciais para a compreensão do princípio da proporcionalidade, sua origem e aplicabilidade nos Tribunais brasileiros. Dessa forma, aborda-se a seguir o princípio da proporcionalidade.

### **3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: RESGATE PELO SENTIDO MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO**

A evolução do princípio da proporcionalidade, na história, faz com que se reporte aos ensinamentos de Aristóteles, nos quais a proporcionalidade fazia

parte do próprio conceito de justiça. Revelou Aristóteles<sup>3</sup> (1999) que “a justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos” (p. 101). Disse ainda que “a justiça distributiva é uma mediação proporcional entre duas desigualdades e esta mediação é o igual” (ARISTÓTELES, 1999, p. 101).

Aristóteles utilizava a expressão princípio da justiça, o qual consistia em uma relação proporcional, que é definida como uma proporção geométrica. Esse filósofo já anunciava a importância da proporcionalidade no estudo do conceito de justiça.

A origem do princípio em tela situa-se, mais especificamente, aos séculos XVII e XVIII, estando ligada à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, a partir do nascimento do Estado de Direito burguês na Europa. Foi na Inglaterra que surgiram as teorias jusnaturalistas que defendiam a idéia de o homem ter direitos imanescentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. Pode-se afirmar que foi durante a passagem do Estado Absolutista (no qual o governante tinha poderes ilimitados) para o Estado de Direito que pela primeira vez se empregou o princípio da proporcionalidade, com o objetivo de limitar o poder de atuação do monarca face aos súditos (BARROS, 2003).

Inicialmente, o princípio da proporcionalidade teve origem no âmbito do Direito Administrativo. Aquele criou mecanismos para controlar o Poder Executivo no exercício das suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder e, só posteriormente, foi considerado como princípio constitucional (PINHO, 2005).

Importante consignar que a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional deu-se através dos direitos fundamentais. É nessa matéria que ele ganha extrema importância e prestígio (BONAVIDES, 2001).

Há que se dizer que, ainda hoje, existe certa controvérsia com a terminologia do princípio da proporcionalidade, nem todos os doutrinadores chegaram à mesma conclusão com referência ao termo a ser usado para identificar esse princípio.

O termo mais usual para se designar o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, é de proibição de excesso (*ubermassverbot*). Hirschberg (1981 apud

---

<sup>3</sup> O sistema de pensamento proposto por Aristóteles concebe um papel secundário à linguagem. A linguagem não manifesta, mas significa as coisas. A palavra é (somente um) símbolo, e sua relação com a coisa não é por semelhança ou por imitação, mas (apenas) por significação. É a essência das coisas que confere às palavras a possibilidade de sentido (STRECK, 2003, p. 117).

BONAVIDES, 2001) traz alguns sinônimos referentes também ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o da proporcionalidade (*proprtionalität*), o da conformidade (*angemessenheit*) e, até mesmo como já citado, o da proibição de excesso. Este autor adota uma posição cautelosa com relação à terminologia do princípio da proporcionalidade:

Tocante ao princípio da proporcionalidade há sempre – conforme ele assevera – o risco de graves mal-entendidos ou ambigüidades derivadas de linguagem nem sempre clara, uniforme ou inequívoca relativamente à definição do conteúdo do princípio, isto é, ao reconhecimento de suas partes constitutivas e das respectivas designações de que tem sido objeto e até mesmo com referencia ao “princípio geral” (*gesamtgrundsatz*), ou seja, à proporcionalidade numa ação lata. (HIRSCHBERG, 1981 apud BONAVIDES, 2001, p. 369).

Todavia, a expressão mais usual, tanto nos trabalhos dos alemães, como suíços, austríacos, franceses e espanhóis é proporcionalidade, que também é adotada neste trabalho.

Vários autores tentam conceituar o princípio da proporcionalidade, mas é difícil fazer uma definição exata do conceito do princípio em estudo. Isso ocorre pela complexidade do princípio e as diversificadas terminologias, todavia essa falta de um conceito rígido não impede de se ter uma noção ou idéia geral da substância ou essência do princípio em comento. Em suma, entende-se que: “princípios se oferecem mais à compreensão do que à definição” (PILIPPE, 1990 apud BONAVIDES, 2001, p. 356).

A expressão proporcionalidade dá a idéia de equilíbrio entre duas grandezas, ou seja, relação harmônica entre dois pólos opostos. Mas proporcionalidade é mais do que isso, pois envolve outras questões como a adequação entre meios e fins, e a utilidade de um ato para proteção de um direito. Para isso, deve-se diferenciar princípio da proporcionalidade em sentido estrito, assunto que é abordado no próximo tópico, de proporcionalidade em sentido lato, que nomeia o princípio constitucional (BARROS; BARROS, 2006).

A definição do mencionado princípio em sentido amplo é, basicamente, a maior satisfação da pretensão de um direito através da menor restrição possível de outro, onde o ônus deve ser até a medida do necessário, para que haja ponderação dos valores envolvidos com o objetivo de harmonizar os direitos que se confrontam.

Ainda, na ótica da definição do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, infere-se que: “o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder” (BONAVIDES, 2001, p. 357).

Nelson Nery Júnior (2000, p. 161), estabelece que:

O princípio da proporcionalidade também denominado de “lei da ponderação”, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.

O princípio da proporcionalidade, independentemente das variações conceituais, serve precipuamente para a averiguação da constitucionalidade de leis que possam interferir no âmbito da liberdade humana. Se, ao contrário, desrespeitarem a esfera dos direitos de maneira mais intensa que a exigida para sua efetividade serão declaradas inconstitucionais.

Resta ainda trazer a definição de Suzana de Toledo Barros, que entende ser o princípio da proporcionalidade um meio de controlar a atividade legislativa, sujeitando-a a um parâmetro de razoabilidade, cuja função controladora e limitadora é evidenciada pela expressão proibição do excesso, a qual também é conhecida na Alemanha (BARROS, 2003).

O princípio da razoabilidade é uma das contribuições da cultura norte-americana, muito invocado pela literatura brasileira, tem fundamento no *due process of law*. A própria idéia de liberdade, adotada pelos americanos, contempla uma noção de exercício razoável do poder. Ou seja, a submissão do poder à razoabilidade, mesmo que não expresso em um texto, faz parte da cultura daquele país, que reconhece direitos inatos ao homem e impede que o Estado os viole (BARROS; BARROS, 2006, p. 45).

Importante observar que, por vezes ocorre uma confusão entre princípio da proporcionalidade e razoabilidade, devido à semelhança terminológica e também pelo fato de não se encontrarem expressos na Constituição Federal, contudo se pode auferi-los do histórico de sua elaboração, bem como implicitamente de alguns dispositivos constitucionais.

Na ordem jurídica brasileira, pode-se extrair do art 5, LIV da Constituição Federal o princípio da razoabilidade que disciplina o devido processo legal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Estando ele previsto neste dispositivo constitucional, está protegido pelo art. 60, § 4, inc.IV da Constituição, que veda a abolição ou emenda em matéria de direitos e garantias fundamentais.

Afirmam doutrinadores, como Luís Roberto Barroso (2006) e José dos Santos Carvalho Filho (2001 apud ROLIM, 2006), não haver distinção essencial entre

os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Esses autores entendem que esses princípios, em linhas gerais, são fungíveis.

Razoabilidade enseja uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, eqüidade, bom senso e moderação, revelando tudo àquilo que não for absurdo, o admissível (BARROS, 2003).

Apesar de serem princípios distintos, não se pode negar que existe uma tendência a considerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ora equivalentes, ora um incluso no outro, mas o legislador infraconstitucional parece conceber esses dois princípios como coisas distintas. É o que se pode perceber no enunciado do art. 2<sup>a</sup> da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

A administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse publico e eficiência.<sup>4</sup>

Assim como na legislação supracitada, para Guerra Filho, os princípios não se confundem:

[...] a desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, considerariam aceitável, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites, indicando como nos mantermos dentro deles - mesmo quando não pareça, a [sic] primeira vista, irrazoável ir além (GUERRA FILHO 1999 apud STEINMETZ, 2001, p. 186).

O princípio da proporcionalidade encontra-se previsto em diversas normas constitucionais. Em relação aos direitos e garantias individuais, encontra-se no inciso V, do art. 5, que constitucionaliza o direito de resposta proporcional ao agravo. Também estando protegido por cláusula pétrea, em virtude do disposto no art. 5 § 2, quando assegura que: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Em matéria de Direito Penal, ao garantir a individualização das penas (art. 5, inciso XLVI), está implicitamente garantindo que estas serão proporcionais

---

<sup>4</sup> A Lei n. 9. 784, de 29 de janeiro de 1999 regulam o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Ela foi publicada no Diário Oficial da União em 01 de fev. 1999, seção 1.

ao delito cometido. Em muitos outros ramos do direito como administrativo, tributário, trabalhista, também se pode encontrar implicitamente o princípio da proporcionalidade (PINHO, 2005, p. 252).

Humberto Ávila esclarece a diferença existente entre os dois princípios, argumentando que se aplica o princípio da proporcionalidade nos casos em que se estrutura uma relação meio-fim, ou seja, meios adequados, necessários e proporcionais, princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim. De outro modo, a razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre meio e fim. Acrescenta ainda, que existe uma diferença de método na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, enquanto na proporcionalidade, o método consiste num juízo com referência a bens jurídicos ligados a fins, a razoabilidade traduz um juízo com referência à pessoa atingida (ÁVILA, 2004).

De tudo que foi exposto, entende-se que a distinção entre princípio da proporcionalidade e da razoabilidade existe, não se tratando de um único princípio. Distinguem-se eles, pelo fato da proporcionalidade sopesar, qual a medida ou norma mais adequada, e a razoabilidade examinar se a medida escolhida e sopesada por aquele princípio é razoável para o indivíduo, que se sujeitará à medida. De outra sorte, também é o princípio da proporcionalidade que solucionará a colisão de direitos fundamentais, por se tratar de uma relação meio-fim.

Finalmente, é de ressaltar que com a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, evoluiu-se para um direito constitucional material voltado para o real, o fático, deixando de lado o constitucionalismo demasiadamente formal. Este princípio torna o legislador um funcionário da Constituição, estreitando, portanto seu espaço de intervenção. Assim, “A consciência da garantia e efetivação da liberdade provém muito menos da lei do que da Constituição. Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição” (BONAVIDES, 2001, p. 386).

Portanto, o princípio da proporcionalidade é de suma importância no Direito Constitucional brasileiro. Tornou-se, no campo dos direitos fundamentais, principalmente nas hipóteses de restrição legislativa e concretização de limites, um princípio de máxima importância que ao longo da história vem ocupando lugar de destaque no âmbito Constitucional.

### **3.1 Elementos conformadores do Princípio da Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade possui três elementos estruturais, também denominados princípios parciais ou de sub-princípios. São eles: a adequação dos meios, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Essa decomposição tornou operacional a compreensão e a aplicação do princípio da proporcionalidade, dando densidade concretizadora a um princípio que, à primeira vista, parecia impreciso.

O primeiro deles, o princípio da adequação, significa que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a persecução do fim ou fins que visa alcançar. Trata-se, pois, de investigar se o ato do Poder Público condiz com o fim adotado para sua execução (BONAVIDES, 2001, p. 386).

Nesse sentido Ávila, afirma que:

Um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Na hipótese de atos jurídicos gerais, a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio. Na hipótese de atos jurídicos individuais a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual e prévio. O controle da adequação deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação de meios manifestamente inadequados (ÁVILA, 2004, p. 121).

Assim, para que uma norma seja considerada constitucional e válida deve estar adequada ao fim pretendido.

O sub-princípio da necessidade ou exigibilidade, corresponde à medida que não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se pretenda alcançar. Vale dizer, a medida só pode ser admitida quando for necessária, sendo associada à busca do “meio mais suave” e ao “direito à menor desvantagem possível”. Segundo Canotilho (1993), o sub-princípio da necessidade dá a idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Para se identificar o princípio da necessidade deve-se perguntar se o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos.

Importante observar que existe uma relação entre os princípios da adequação e da necessidade, pois só se pode falar em exigibilidade se o meio empregado também for adequado. Em suma, entende-se que “apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado” (MENDES, 1994 apud BARROS, 2003, p. 83).

E, por fim, o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito está relacionado à constatação de que o resultado obtido com o ato estatal é proporcional à “carga coactiva”, ou seja, importa na correspondência entre meio-fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um ato e outro, com o sopesamento de sua recíproca apropriação, colocando, de um lado, o interesse do bem-estar da comunidade, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar o beneficiamento demasiado de um em detrimento do outro.

Em outras palavras, quando já se verificou a adequação e a necessidade do ato do Poder Público, deve-se perguntar se aquele ato, obtido com a intervenção,

é proporcional à carga coativa da mesma. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é do que um balanceamento de possibilidades jurídicas (BARROS; BARROS, 2006).

O princípio da proporcionalidade serve precipuamente para a averiguação da constitucionalidade de leis que possam interferir no âmbito da liberdade humana. Se, ao contrário, desrespeitarem a esfera dos direitos de maneira mais intensa que a exigida, para sua efetividade serão declaradas inconstitucionais.

### **3.2 O Princípio da Proporcionalidade frente à jurisprudência do STF**

Na vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, tem adotado como pressuposto interpretativo da teoria hermenêutica o princípio da proporcionalidade. Este vem sendo reconhecido gradativamente, principalmente em acórdãos, proferido em sede de controle da constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, em 1993, considerou que uma lei estadual que obrigava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor no ato da compra e venda constituía “violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos”. Esse acórdão apresenta a seguinte ementa:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2<sup>a</sup>, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.<sup>5</sup>

A petição inicial desta Adin foi acompanhada de manifestação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (INMETRO), do Ministério da Justiça e, considerada de múltipla relevância para o julgamento liminar. Os esclarecimentos do órgão técnico, segundo o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, serviram não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar. Ao menos provisoriamente, as inovações impostas pela referida lei, as quais onerosas e de duvidosos efeitos úteis acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que, dadas as contingências técnicas a que tem de se

---

<sup>5</sup> Medida Cautelar em ADI 855-2/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 01.07.1993 DJU 01.10.1993.

submeter, o mecanismo de distribuição de gás liquefeito, até então submetido a um regramento uniforme em todo o país, não pode admitir variações regionais, e também porque a proteção ao consumidor poderia ser feita de outra forma menos restritiva ao setor. Neste caso, a lei estadual foi declarada inconstitucional usando-se do argumento da proporcionalidade na questão referente ao “prejuízo” ao consumidor e ainda argumentou-se que é competência da União legislar em matéria de venda e revenda de combustíveis de petróleo conforme arts. 22, IV, VI e 238 da Constituição Federal.

Em outra decisão da Corte Constitucional, na discussão relativa à altura mínima para a participação em concurso público para o cargo de agente de polícia, observou-se, neste caso, que existe uma Lei Complementar do Estado do Mato Grosso do Sul 38/89 que entende por certo a restrição de altura mínima de 1,60m aos candidatos do concurso como pré-requisito, argumentou-se que essa exigência guardava relação com a função a ser desempenhada pelo agente público. O STF assim decidiu:

Concurso Publico. Agente de Policia. Altura Mínima. Viabilidade. Em se tratando de concurso publico para agente de policia, mostra-se razoável a exigência de que o candidato tenha altura mínima de 1,60m. Previsto o requisito não só na lei de regência, como também no edital de concurso, não concorre à primeira condição do mandado de segurança, que é a existência de direito líquido e certo.<sup>6</sup>

A restrição imposta se deve ao fato de o legislador entender que pessoas de baixa estatura não teriam a força intimidatória que, para o cargo, se faz necessária. Da mesma forma, o Ministro Marco Aurélio expõe *verbis*: Enquanto, por exemplo, o cargo de escrivão não exige, em si, estampa que se mostre até mesmo intimidadora, no caso de agente, tem-se justamente o contrário, em face a uma atuação que pressupõe, à primeira vista, respeito aos cidadãos em geral”.

Neste caso, observa-se da decisão do STF que, muito embora existam dois princípios contraditórios sobre essa matéria, o direito do cidadão em concorrer a cargos públicos e o dever de eficiência do Estado, a discussão não gira em torno deles, pelo fato de existir uma lei infraconstitucional regulando a matéria, assim não se faz necessário o uso da ponderação. Esta decisão vem a demonstrar no caso concreto o que se pretendeu esclarecer no item 2.2 “Colisão” entre princípios constitucionais, quando se defendeu o uso do princípio da proporcionalidade na falta de lei específica, procurando-se assim limitar o poder discricionário do judiciário.

---

<sup>6</sup> RE 148.095-5/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal federal em 03.02.1998, DJU 03.04.1998.

Ressalte-se que o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de “colisão” entre direitos fundamentais. Uma das decisões do STF, que teve grande repercussão em matéria de direitos fundamentais, com aplicação do princípio da proporcionalidade, deu-se em sede do HC 71.373-4/RS, quando se discutiu o direito do filho conhecer seu pai biológico e o direito de suposto pai em não ser obrigado a fornecer sangue para a realização do exame hematológico, conforme decisão abaixo:

Investigação de Paternidade – Exame DNA – Condução do Réu “Debaixo de Vara”. Discrepa a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.<sup>7</sup>

A jurisprudência supracitada trata acerca de duas crianças gêmeas que pleiteavam o direito de verem reconhecida a paternidade do suposto pai biológico. O juiz da comarca de Porto Alegre decidiu pela realização do exame, na intenção de solucionar a controvérsia; da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confirmou a sentença do juízo *a quo*. O caso acabou por ser analisado pelo STF, onde se decidiu pela inconstitucionalidade da decisão que determinou a colheita de sangue do suposto pai, contra sua vontade, por afronta aos princípios da dignidade humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo, princípios que prevalecem segundo o STF, sobre o direito das crianças conhecerem o pai biológico.

Anos mais tarde, o STF se depara com questão parecida com a enfrentada do HC 71.373/RS, agora em sede de HC 76.060-4/SC, onde o pai presumido da criança nascida durante o casamento estava sendo compelido a fazer o exame de paternidade por uma terceira pessoa que se dizia pai biológico do menor. O constrangimento do pai presumido em fazer o exame foi amparado por despacho do juízo *a quo* e confirmado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No HC impetrado, o STF deferiu por unanimidade, negando a produção de provas quanto

---

<sup>7</sup> HC 71.373-4/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado pelo Tribunal do Pleno do Supremo Tribunal Federal em 10.11.1994, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, DJU 22.11.1996.

à paternidade, conforme ementário, *verbis*:

DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.<sup>8</sup>

No voto do Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, traz o seguinte entendimento:

Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação. Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda. O que, entretanto, não parece resistir que mais não seja ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular. É de sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples prova de reforço de um fato que, de outro modo, se pode comprovar. Com efeito. A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste, se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza. Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe.

Tem-se aqui, notoriamente, a utilização da proporcionalidade como “regra de ponderação” entre os direitos em conflito, acentuando-se a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos ou constrangedores.

Em decisão mais recente, publicada no Informativo STF nº 257, em 2002, referente ao caso da cantora mexicana Glória Tréve, que ganhou destaque na

---

<sup>8</sup> HC 76060-4/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 31.03.1998, DJU 15.05.1998.

imprensa, torna-se possível reconhecer um caso de colisão de direitos. Esse Colendo Tribunal julgou procedente reclamação para deferir a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda.<sup>9</sup>

Inferre-se, dos fundamentos da decisão, que o STF, “fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos” e utilizando o princípio da proporcionalidade, considerou a possibilidade de uma lesão mais grave ao direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal, atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação, do que ao direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, visto que o exame de DNA pode ser realizado sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho. Conforme ementário abaixo:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do

---

<sup>9</sup> Informativo n. 257 do Supremo Tribunal Federal do dia 18 a 22 de fevereiro de 2002.

Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante.<sup>10</sup>

Em que pese à gradual sistematização, conforme demonstra a jurisprudência colacionada, o Supremo Tribunal Federal vêm exarando decisões importantíssimas para o deslinde das questões que envolvam os “conflitos” de princípios e garantias fundamentais. Utilizando-se do princípio da proporcionalidade, nota-se que o Supremo Tribunal Federal por vezes não analisa em suas decisões os elementos conformadores do princípio da proporcionalidade para sua aplicabilidade. Cabe aos pesquisadores-doutrinadores, comprometidos com o Estado Democrático de Direito, com a defesa de uma ordem constitucional viva e garantidora dos direitos dos cidadãos, fornecerem aos tribunais os subsídios teóricos necessários à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Diante do que foi exposto, é possível reconhecer a existência do princípio da proporcionalidade em nosso ordenamento constitucional, constituindo instrumento importante para a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que, com base nele, torna-se viável a realização do controle de constitucionalidade da lei e dos atos decorrentes do exercício das funções executivas ou jurisdicionais.

#### 4 CONCLUSÃO

Buscou-se no presente trabalho verificar como a doutrina e a jurisprudência, em especial do STF, estão aplicando o princípio da proporcionalidade. Observou-se os aspectos sistemáticos que a doutrina vem lhe atribuindo, sobretudo seus sub-princípios e a diferença existente entre proporcionalidade e razoabilidade.

Inicialmente, como base para o estudo da proporcionalidade, foi necessária a compreensão de algumas noções gerais de princípios e regras, bem como o estudo das soluções apontadas pela doutrina no caso de princípios “colidentes” e a importância dos princípios no ordenamento jurídico.

Constata-se que as regras descrevem uma situação jurídica, vinculam fatos hipotéticos específicos, que exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção. Diferente são os princípios, que expressam um valor ou uma diretriz, mas não descrevem uma situação jurídica específica nem se reportam a um fato em particular, exigindo uma contínua atividade

---

<sup>10</sup> *RCL 2040/DF*, Rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002.

interpretativa. Quanto à “colisão de princípios”, pode-se utilizar o princípio da proporcionalidade como forma de atingir a resposta hermeneuticamente adequada ao caso concreto.

Após as noções gerais de princípios, por conseguinte, entende-se que o princípio da proporcionalidade em sentido lato, também chamado princípio da proibição dos excessos, denominação oriunda da doutrina alemã, é um instrumento para maior satisfação da pretensão de um direito, através da menor restrição possível de outro. O ônus deve ser até a medida do necessário, para se chegar à resposta adequada ao problema jurídico em discussão.

Ainda na ótica da definição, verificou-se que, por vezes, o princípio da proporcionalidade é confundido com o princípio da razoabilidade. Constatou-se que se trata de institutos diferentes, porquanto o último enseja a idéia de moderação e justeza do fim, o admissível, ou seja, a proporcionalidade vai sopesar qual a medida ou norma mais adequada, e a razoabilidade vai examinar se a medida escolhida e sopesada por aquele princípio é razoável.

O princípio da proporcionalidade pressupõe a verificação de três elementos ou sub-princípios, indispensáveis para sua correta aplicação: o ato deve ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito. O legislador ou jurista que pretenda aplicar o princípio da proporcionalidade deverá sempre observar se as medidas limitativas de direitos, a serem aplicadas são idôneas, necessárias e proporcionais em relação à consecução de fins constitucionalmente legítimos.

Analizando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foram transcritos alguns arrestos proferidos por esse Tribunal, nos quais se verificou a utilização do princípio da proporcionalidade como fundamentação das decisões. Sem dúvida, há um gradual reconhecimento jurisprudencial acerca da aplicação do princípio, mas tais decisões demonstram, cabalmente, que ainda há muito para se desenvolver na pesquisa do verdadeiro sentido do princípio em questão. Mais do que aplicar o princípio da proporcionalidade deve-se fundamentar a decisão. É preciso justificar o que foi fundamentado, nas palavras de Gadamer: “interpretar é iluminar as condições sobre as quais se compreende” (GADAMER, 1998 apud STRECK, 2006, p. 223).

Assim é necessário sistematizar o uso do princípio da proporcionalidade, definindo melhor seu significado e sua adequada utilização no contexto do caso concreto, já que de forma implícita é considerado como uma garantia aos direitos fundamentais, consagrado hoje, principalmente na jurisprudência constitucional, como instrumento de decisão capaz de promover o equilíbrio quando se têm em tensão bens, direitos, ou interesses protegidos e atingidos pelo poder estatal.

Diante do exposto, infere-se que o princípio da proporcionalidade não pode ser entendido como um princípio que leve a discricionariedades e arbitrariedades

do Poder Judiciário, mas sim o fio condutor do processo hermenêutico. A hermenêutica filosófica é incompatível com discricionariedades e decisionismos. É por isso que esse novo quadro deve trazer a intensificação dos estudos sobre a interpretação das normas. Para que o arbítrio não tome o lugar da hermenêutica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomacos*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A Proporcionalidade como Princípio de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/html>> Acesso em: 20 jul. 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RCL 2040/DF*, Rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Informativo*, Brasília, n. 257, 18 a 22 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 10 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC 76060-4/SC*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 31.03.1998, DJU 15.05.1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC 71.373-4/RS*, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado pelo Tribunal do Pleno do Supremo Tribunal Federal em 10.11.1994, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, DJU 22.11.1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 10 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 148.095-5/MS*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal federal em 03.02.1998, DJU03.04.1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 10 maio 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI 855-2/PR*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 01.07.1993 DJU 01.10.1993 Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 20 maio 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COUTINHO, Kalyani Rubens. *A proposta de Ronald Dworkin na interpretação judicial dos Hard Cases*. Disponível em: <<http://www.avocato.com.br/doutrina/ed0006.2003.lcn0001.htm>> Acesso em: 10 abril 2007.

CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais – razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2007.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, George Marmelstein. *A força normativa dos princípios constitucionais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto265.doc>> Acesso em: 6 maio 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINHO, Judicael Sudário de. *Temas de direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2005.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>>. Acesso em: 1 setembro 2006.

SANTOS, Washington. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHWARTZ, Germano. *A Constituição, a Literatura e o Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Trad.: Amarílis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.