

Considerações sobre o Princípio da Proporcionalidade

Elimar Szaniawski

Professor da disciplina Direito Civil da UFPR.

SUMÁRIO

- I – Introdução;
- II – Da noção de princípio jurídico;
- III – Dos princípios constitucionais;
- IV – Do princípio da proporcionalidade do fundamento constitucional;
- V – Da proporcionalidade e da igualdade;
- VI – Conclusões.

I. Introdução

As fontes mais antigas apontam a origem do *princípio da proporcionalidade* na filosofia iluminista do século XVIII, surgindo como uma forma de limitação de poder do Estado. De início, invocava-se o mencionado princípio somente para a defesa de pessoas, nas áreas administrativa e penal.¹

A noção de *proporcionalidade* passa a inteirar o *princípio geral do direito de polícia*, somente no século XIX, destinado a limitar o exercício da arbitrariedade do poder executivo.²

GRABITZ,³ preconizou a “constitucionalização” do *princípio da*

1. STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 78.
2. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 386.
3. GRABITZ, Eberhardt. *Apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ob. cit.*, p. 386. Afirma Grabitz que o princípio da proporcionalidade pertence àqueles princípios da Constituição que desempenham um destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. Inicialmente, o Tribunal Constitucional empregava somente o princípio da proporcionalidade de modo casual, sem consequência sis-

proporcionalidade na década de 70, deste século vindo, o mencionado princípio, a ser elevado ao nível constitucional e normatizado, em diversas constituições.

II. Da noção de princípio jurídico

Por *princípio*, costuma-se designar o conjunto de preceitos essenciais que se destinam a exprimir o fenômeno jurídico.

Princípio, segundo conhecida definição de BANDEIRA DE MELLO,⁴ se traduz no

“... mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”

Os *princípios jurídicos*, por conseguinte, consistem em idéias jurídicas gerais, as quais permitem considerar uma regulamen-

tação ou norma, como convenientemente fundada por referência à idéia de Direito ou a *valores jurídicos* reconhecidos, identificando-se, estes princípios, pelo menos em parte, com os próprios valores jurídicos, tal qual a noção de *boa-fé* ou de *justiça distributiva*.⁵

JOSÉ AFONSO DA SILVA ao analisar o termo *princípio*, chama a atenção para o fato de ser, o mesmo, equívoco, uma vez que pode assumir diversos sentidos.⁶ A categoria *princípio*, tanto pode tomar o significado de *norma de princípio*, a qual consiste em uma norma que possui um início ou um esquema (que pode ser de órgão, programa, etc.), ou, pode designar um *mandamento*, a exemplo dos *Princípios Fundamentais*, que orientam a Constituição.

Prefere, no entanto, a doutrina, de um modo geral, designar por *princípio*, as ordenações que irradiam e imantam os sistemas normativos ou, também, como núcleos de condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais.

Muitos juristas insistem, ainda na atualidade, no fato de que os *princípios* possuem mera índole diretora e, conseqüentemente, não seriam passíveis de aplicação

temática evidente (é conhecido o caso denominado de *Apotheken – Urtail*, onde constatamos as hesitações do citado Tribunal). O princípio da proporcionalidade, contudo, vem sendo utilizado de maneira cada vez mais reiterada, alargando-se para fora do âmbito do Direito Constitucional, vindo a ser aplicado, também, como matéria de aferição de atos do Estado. O princípio da proporcionalidade tem se prestado precipuamente para ser exercido na esfera dos direitos fundamentais e de personalidade, sobretudo na efetivação da proteção da liberdade e garantia ao exercício dos direitos fundamentais e de personalidade. (SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, p. 115).

4. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*. RT, p. 230.

5. Karl Larentz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 576, distingue os princípios que possuem aplicabilidade direta e imediata, aos quais chama de *Princípios com a Forma de Proposições Jurídicas*, dos princípios que somente possuem diretrizes ou causas de justificação e não possuem aplicabilidade imediata, denominando-os de *princípios abertos*.

6. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 85.

imediate, somente, podendo ser aplicados mediante a atuação de norma concretizadora do princípio.

Para LARENTZ, os *princípios jurídicos* não são normas suscetíveis de aplicação imediata aos casos individuais, em que só houvesse subsumir, necessitando de normas fixas e de aplicação muito bem delimitada. Afirma, ainda, o autor, ser a existência de delimitação necessária e se evidenciando na hipótese em que dois princípios conflitem entre si. Assim, carece de averiguação pelo operador do direito, a hierarquia dos diversos princípios, através da análise criteriosa das valorações atribuídas pelo legislador aos bens jurídicos postos em causa e do grau em que estes necessitam de proteção jurídica.

Embora tal corrente de pensamento possua nomes de ilibada conceituação, não se pode deixar de reconhecer a existência de alguns *princípios, auto-aplicáveis, de aplicação imediata e possuidores de função normativa*.

Deve, porém, ser lembrado, que não se pode exigir dos *princípios* aquilo que se pode exigir das regras, na qualidade de preceitos. Os princípios não possuem efetividade, em especial, no Direito Constitucional. Através dos princípios, possuidores de um alto grau de abstração, permite-se a adequação permanente da

Constituição na evolução social e na reconstrução do dissenso constitucional.

III. Dos princípios constitucionais

Na doutrina costuma-se dividir os *princípios constitucionais* em duas categorias, a saber: em *princípios político-constitucionais* e em *princípios jurídico-constitucionais*.

Os primeiros constituem as decisões políticas fundamentais, concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, são *normas-princípio*.

Os *princípios jurídico-constitucionais* são princípios gerais, informadores da ordem jurídica nacional, consistindo, muitas vezes, em desdobramentos ou princípios outros, derivados dos princípios fundamentais. E os *princípios constitucionais fundamentais*, por sua vez, têm, por escopo, caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais. São, por assim dizer, a matriz das demais normas constitucionais.⁷

IV. Do princípio da proporcionalidade

O desenvolvimento da moderna doutrina do *princípio da proporcionalidade* encontra suas raízes no direito alemão denominado de *Verhältnismässigkeitsprinzip*.

7. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Ob. cit., 309. Afirma o autor que não devemos confundir aqui, *princípios constitucionais fundamentais* com *princípios gerais do Direito Constitucional*. Os primeiros se traduzem em normas fundamentais, ou normas matriz, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Ao passo que os *princípios gerais* do Direito Constitucional formam o tema de uma Teoria Geral do Direito Constitucional, envolvendo conceitos gerais e objetos que podem ter seu estudo destacado na dogmática jurídico constitucional. Canotilho distingue os *princípios definidores da forma do Estado*, dos *princípios definidores da estrutura do Estado*, bem como, dos *princípios estruturadores do regime político* e dos *princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral*.

Este princípio encontra seu substrato em disposições legais referentes ao estado de *necessidade*, interferindo na definição de *ameaça ilícita*. A *ameaça ilícita* não é, na realidade, antijurídica, desde que para a obtenção de um fim não proibido, a ameaça consistir em uma ação em si mesma, conforme o Direito, mas não for o meio adequado para a obtenção desse fim.

O *princípio da proporcionalidade* apresenta, segundo CANOTILHO, sub-tipos, os quais se dividem em *princípios de segurança jurídica* e de *princípio de proteção da confiança dos cidadãos*.⁸ Este princípio, de início, limitava-se a servir de medida para as limitações administrativas da liberdade individual. O *princípio da proporcionalidade*, consoante afirmamos acima, servia para o direito administrativo como um princípio geral do direito de polícia podendo, ainda, ser vislumbrado como um modo de interdição de medidas excessivas (*Übermassverbot*).

Podemos visualizar o *princípio da proporcionalidade* sob dois aspectos. O primeiro, a visão lata, mostra que o *princípio da proporcionalidade* conduz-se como uma regra fundamental à qual devem todos obedecer. Nesse sentido, é conhecido por *princípio da proibição de excesso*, (*Übermassverbot*). Ainda, sob este ponto de vista, o *princípio da proporcionalidade*, diversifica-se em diversos princípios menores, a saber: *Prinzip der Geeignetheit* e *Prinzip der Erforderlichkeit*, consoante denominação da doutrina alemã.

O primeiro, o princípio da *Geeignetheit*, tem por objetivo balancear os

interesses postos em conflito e decidir em que medida deve prevalecer, a despeito de eventuais inconvenientes, a medida adotada pelo poder público para a realização do interesse público e, se a mesma, uma vez adotada pelo operador do direito, seria a apropriada para a consecução do interesse público. Os meios utilizados para realizar-se determinado objeto devem ser apropriados ou adaptados à melhor consecução. Ao lado deste princípio, gravitam outros princípios, o *princípio do menor sacrifício*, também, chamado de *princípio do meio menos lesivo*. Neste princípio, encontraremos, obrigatoriamente, uma relação fungível entre a lesão causada e o fim perseguido, isto é, uma *proporcionalidade* e, diante da existência de vários meios a serem aplicados, deverá ser sempre escolhido pelo aplicador, o *meio menos lesivo*.

O segundo princípio, denominado de *Erforderlichkeit Prinzip*, ao qual chamamos de *princípio da necessidade*, se traduz na idéia de que, quando entre diversos meios se pode alcançar algum fim, deve-se optar pelo *meio menos gravoso*, ou segundo outros, que analisam o princípio pela ótica do operador, denomina-se de *princípio do meio mais suave* à esfera de interesses privados e direitos do indivíduo.

Finalmente, devemos examinar a *proporcionalidade* em sentido estrito, chamada pela doutrina alemã de *Prinzip der Verhältnismässigkeit*, denominado, entre nós de *princípio da proporcionalidade*, (em sentido estrito), o qual determina que os meios utilizados pelo operador do direito devem

8. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 315.

ser sempre proporcionais à situação fática. Isto é, a *proporcionalidade* resulta sempre da *pesagem e da ponderação* da intensidade do atentado praticado ou dirigido aos direitos e interesses privados, de uma parte, em relação ao peso que o interesse público, ou alheio, posto em causa, efetivamente apresenta.

O princípio da proporcionalidade é operado através da verificação, pelo juiz, diante de determinado caso concreto, onde surge o conflito de dois interesses legitimamente tuteláveis se são, os mesmos, juridicamente protegidos. Em caso afirmativo, deverão estes interesses, postos em causa, serem pesados e ponderados e seu resultado estabelecerá os limites de atuação das normas na verificação do interesse predominante. Deste modo, o magistrado, mediante minuciosa valoração dos interesses, decidirá em que medida deve-se fazer prevalecer um ou outro interesse, impondo as restrições necessárias ao resguardo de outros bens jurídicos.⁹ Este princípio, corretamente aplicado, fornece ao poder público, bem como, ao particular, o poder de realizar os atos necessários que somente trarão resultados através do sacrifício de um direito subjetivo ou de um interesse tutelável. O interesse merecedor de tutela terá, porém, muitas vezes, de ceder ao interesse alheio ou ao interesse coletivo.

A *proporcionalidade* se afirma sempre em que os “limites do que é razoavelmente suportável” são realmente respeitados.¹⁰

IV-I. Do fundamento constitucional

A doutrina não é unânime, em suas conclusões, em relação ao fundamento constitucional do *princípio da proporcionalidade*.

Uma corrente posiciona-se no sentido de afirmar que o *princípio da proporcionalidade* deriva, diretamente, do *princípio do Estado de Direito*.

Outros, afirmam que o *princípio da proporcionalidade* teria, por fundamento, os *direitos fundamentais*.

BONAVIDES filia-se à segunda corrente, para quem a vinculação do *princípio da proporcionalidade* ao Direito Constitucional ocorre por via dos Direitos Fundamentais. E, nesse sentido, o *princípio da proporcionalidade* se preocupa com a limitação do poder legítimo devendo, por outro lado, estabelecer os critérios de limitação à liberdade individual.¹¹

Alguns autores opinam no sentido de que o princípio ora estudado, não se aplicaria a todos os Direitos Fundamentais. Outros, estabelecem uma gradação de eficácia do *princípio da proporcionalidade*, em razão dos Direitos Fundamentais.

A corrente doutrinária predominante na Alemanha e a jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal Constitucional, o *Bundesverfassungsgericht*, (B.Verf.G.), tem demonstrado a mais extensa aplicabilidade

9. SZANIAWSKI, Elimar. Ob. cit., p. 113.

10. SZANIAWSKI, Elimar. Ob. cit., p. 114.

11. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 317.

deste princípio, principalmente, para determinar a constitucionalidade dos atos do poder público.

Os Direitos Fundamentais têm, contudo, servido de porta de entrada do *princípio da proporcionalidade* no Direito Constitucional, na qualidade de princípio jurídico, destacando-se como o mais elevado meio de proteção da liberdade e dos Direitos Fundamentais do homem.

E. P. PENALVA impugna a corrente que vislumbra o *princípio da proporcionalidade* como um mero critério, denominado de *critério da proporcionalidade*, a ser utilizado pelo operador do direito, na verificação dos limites de sua atuação. Sustenta o autor, que o *princípio da proporcionalidade* é muito mais do que um mero critério, consistindo-se em:

“... um princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se hão de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados.”¹²

O *princípio da proporcionalidade* não é um instituto novo. Sua atual celebridade é devida à grande repercussão que trouxe a sua aplicação ao campo do Direito Constitucional da atualidade. Essa repercussão deve-se à duas concepções de Estado de Direito.

Uma, já em declínio, se vincula, doutrinariamente, ao *princípio da legalidade*, outra, mais recente, ligada ao *princípio da constitucionalidade*. Este entendimento aca-

bou por deslocar para o plano do respeito aos Direitos Fundamentais e aos Direitos de Personalidade, o centro gravitacional da ordem jurídica. Neste sentido, podemos vislumbrar uma certa ascendência do magistrado sobre o legislador sem, no entanto, abalar o princípio da separação dos poderes. Na realidade, ocorre que o legislador moderno não atua mais dentro de um espaço de absoluta liberdade, tal qual agia ao tempo em que predominava o *princípio da legalidade*. Sob a égide do *princípio da constitucionalidade*, encontramos diversos mecanismos que têm por função limitar a liberdade do legislador, segundo concepção do Estado de Direito.

A expressão *controle da proporcionalidade*, comumente utilizada, tem sido confundida com o termo, *controle de constitucionalidade*. Isto porque, o *princípio da proporcionalidade* elevado a nível de princípio constitucional, vem criar limitações ao poder do legislador, o qual, hodiernamente, vem a ser controlado pela aplicação do *princípio da constitucionalidade*. O magistrado, na qualidade de intérprete, na aplicação do Direito Constitucional, atua mais livremente, fiscalizando e controlando a aplicação das normas jurídicas.

Para BONAVIDES,¹³ a adoção do *princípio da proporcionalidade*, como princípio constitucional, acabou por contribuir na conciliação do direito constitucional formal, com o direito constitucional material, possibilitando prover as exigências das grandes transformações sociais, sem abalar o princípio da separação de poderes, nem, o já superado, *critério da legalidade*.

12. Penalva, E. P. *Apud* Bonavides, Paulo. Ob. cit., p. 317.

13. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 328.

V. Da proporcionalidade e da igualdade

Apesar da doutrina e da jurisprudência brasileira adotarem o princípio da proporcionalidade como um princípio constitucional, o constituinte de 1988 não tratou de inserir em seu bojo o mencionado princípio como norma geral positivada. Preferiu o constituinte tratar do princípio dentro do tema da igualdade, concebendo a noção de uma categoria jurídica, a igualdade-proporcionalidade.¹⁴

CORRÊA DE OLIVEIRA e FERREIRA MUNIZ ao discutirem o tema da igualdade afirmam que

“a igualdade perante a lei responde à obrigação de aplicação das normas jurídicas gerais aos casos concretos, em conformidade com o que elas estabelecem, ainda que daí resulte uma discriminação. Quanto à igualdade na lei, ela exige que a norma não contenha distinções fundadas em critérios que conflitem com as normas constitucionais, com a lei, com os costumes, ou com os princípios jurídicos superiores ao direito positivo. Em decorrência, a igualdade perante a lei é uma exigência feita a todos os que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, enquanto que a igualdade na lei é uma exigência dirigida tanto aos que criam as normas jurídicas gerais, quanto aos

*que as aplicam aos casos concretos. No fundo a distinção guarda paralelismo com a distinção entre as noções de Estado de direito e Estado de legalidade. Com efeito, a noção de igualdade perante a lei vincula o juiz mas não o legislador. O juiz poderá aplicar, sem qualquer quebra do princípio da isonomia, uma lei que, em si mesma, contenha inadmissíveis desigualdades entre os seres humanos. Assim, o juiz do 3º Reich que aplicasse a mesma norma restritiva a todos os judeus não estaria vulnerando o princípio da igualdade perante a lei. O que demonstra que a pessoa só é efetivamente protegida se o preceito da igualdade também vincula o legislador, sem prejuízo da vinculação do juiz: daí a importância fundamental da igualdade da lei.”*¹⁵

Vamos encontrar um liame entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da igualdade, como princípios constitucionais.

Tradicionalmente, tem-se sustentado que a noção de igualdade está, indissolúvelmente, associada à democracia, já que se qualifica como uma limitação ao legislador e, também, como uma norma de interpretação.¹⁶ Sob um aspecto, a igualdade funciona como uma limitação ao legislador, na medida em que veda a este, editar normas que estabeleçam privilégios, em razão de raça, cor, sexo, classe social, religião,

14. A Constituição de 1988 traz o princípio da proporcionalidade implícito, nos incisos V, X, e XXV, do art. 5º; nos incisos IV, V e XXI, do art. 7º; no § 3º, do art. 36; no inciso IX, do art. 37; no § 4º; no inciso III, letras c e d, no inciso V, do art. 40; no § 1º, do art. 45; no inciso VIII, do art. 71, no parágrafo único do art. 84; nos incisos II e IX, do art. 129; no § 1º, do art. 149; no art. 170; no art. 173 e seus §§ 3º, 4º e 5º; no § 1º, do art. 174; e no inciso IV, do art. 175.

15. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e Muniz, Francisco José Ferreira. *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, nº 19, 1978/1980, pp. 238/399.

16. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional*, pp. 213 e 214. Ferreira Filho, inspirado em Colliard, distingue a igualdade de direitos, ou igualdade civil, da igualdade de fato ou igualdade real, dizendo ser “a primeira uma igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades, uma igualdade virtual. A segunda afirma em prol de todos um igual exercício atual de direitos. Aquela é a forma de igualdade consagrada constitucionalmente nas democracias ocidentais”.

etc. Seu principal escopo é o de estabelecer a igualdade entre as pessoas. Não se trata, porém, de um princípio constitucional de grau absoluto, uma vez que, para estabelecer uma verdadeira e autêntica igualdade de direitos, é necessário estabelecer-se uma desigualdade aparente em relação a outros, a exemplo da concessão de privilégios especiais ao economicamente mais fraco, frente ao economicamente mais forte, a fim de recompor sua igualdade jurídica.

Por outro prisma, a *igualdade* se traduz em um *princípio de interpretação*, ao ordenar ao magistrado que, no momento de aplicar a lei, não crie privilégios de espécie alguma para ninguém.

No Estado Social, o objeto da lei é bem claro e definido. O legislador atento não se esquecerá de evitar de despertar as desigualdades fáticas entre os cidadãos. Sua tarefa será a de impedir os maus efeitos das desigualdades naturais. A *igualdade legal* é, à primeira vista, um combate contra as desigualdades fáticas artificiais. A existência de desigualdades é inevitável. Estas se desenvolvem dentro de uma esfera que transcende o território ocupado pelo Poder Legislativo. A igualdade que emana da lei e que a mesma mantém, deve criar um terreno neutro dentro do qual pode-se desenvolver, livremente, a atividade dos indivíduos, a única geradora de desigualdades aceitáveis, porque legítimas. A *igualdade legal*, aos olhos da lei, consiste no princípio regulador da "nova ordem" dos indivíduos. Criando este terreno neutro, a lei traduz-se, também, na manifestação de au-

tonomia da sociedade civil em relação ao Estado, tal é o significado de *igualdade liberal*.

A Corte Constitucional alemã tem considerado a *igualdade* como um dos três mais elevados valores do sistema constitucional dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional organizou o *princípio da igualdade* entre os princípios de um Direito metapositivo.¹⁷ A noção de *igualdade*, diante da lei, faz, de tal modo, parte dos elementos fundamentais da ordem jurídica que seria necessário recorrer ao Direito metapositivo para sua interpretação e aplicação, caso o *princípio da igualdade* não houvesse se tornado em direito escrito, albergado pelo art. 3º da Lei Fundamental de Bonn, a Constituição da Alemanha.

A Corte Constitucional da Baviera, por sua vez, visualizou o *princípio da igualdade*, como um direito preexistente ao direito positivo. Trata-se de um Direito não criado pelo constituinte, mas já existente, por antecipação, surgido dentre os Direitos Fundamentais do homem.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha revela, através da análise comparativa de alguns arestos, a existência de um liame, invencível, entre a noção de *proporcionalidade* e a noção de *igualdade*.

Um primeiro acórdão, trata das pessoas jurídicas que estão sujeitas ao pagamento de imposto sobre o lucro. Nesta hipótese o cálculo do referido imposto poderá, facilmente, conduzir a uma carga tributária extremamente pesada, a ser suportada pela

17. JOUANJAN, Olivier. *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, p. 195.

sociedade de capital. Todavia, este tipo de cálculo do imposto não é utilizado para as sociedades de pessoas, para as quais a lei concede um tratamento mais benigno. O efeito não igualitário deste tratamento é, no entanto, justificado por seus fins políticos, dentro da idéia de um plano de política econômica do governo, que consiste no incentivo deliberado de transformar as sociedades de capital em sociedades de pessoas, as quais não estão revestidas de personalidade jurídica.

Não seria este, na realidade, o meio próprio pelo qual o legislador deveria incentivar a transformação das sociedades de capital em sociedades de pessoas. O meio que constituía a discriminação, em relação às sociedades de capital, foi considerado inapropriado, não necessário, e atentatório contra os interesses e direitos privados e, sobre tudo, não sendo contrabalançado por um interesse geral imperioso.

Não se trata, no presente caso, de confundir *proporcionalidade* com *igualdade*. A estrutura normativa da *igualdade* contém um elemento específico que não é explicável a partir da idéia de *proporcionalidade*, ou seja, o da comparação. Trata-se, mais precisamente, que a idéia de *igualdade* comporta, também, uma certa forma de *proporcionalidade*. A *igualdade* obriga o legislador, que trata diferentemente diversas categorias de pessoas, a manter certo equilíbrio entre estas, mas sem privilégios. Isto implica que cada tratamento legal imposto à cada categoria, seja proporcional às situa-

ções reais, dentro das quais se encontram estas categorias.

Outro aresto diz respeito às limitações impostas pelo legislador à prática de equitação em florestas na província da Renânia do Norte, Westphalia. Estas limitações têm sido admitidas e julgadas necessárias e proporcionais, relativamente à finalidade de proteção às matas, diante dos danos causados pelos cavaleiros. O atentado em relação ao direito protegido pelo art. 2º, da Lei Fundamental, que trata da liberdade geral de agir, não é considerado, por si próprio, excessivo. Mas o juiz tem poder de controle, embora este atentado não seja excessivo em relação à situação praticada por outras categorias de usuários de florestas, beneficiados por uma maior liberdade.¹⁸

Nesta hipótese, o *princípio da igualdade* tem por função completar o *princípio da proporcionalidade*, assumindo o sentido de uma *proporcionalidade comparada*, possuidora de uma função da mesma ordem, ou seja, de princípio geral de delimitação dos poderes do legislador, intervindo no domínio protegido por um direito fundamental. Um exemplo desta *necessária proporcionalidade comparada*, inerente à *igualdade*, é encontrado em um acórdão da Corte Administrativa Federal, a propósito do Regulamento do Conselho da Ordem dos Médicos, o qual fixou o montante da contribuição dos médicos membros.¹⁹

O princípio da igualdade implica no fato de que “as contribuições de cada mem-

18. JOUANJAN, Olivier. Ob. cit., p. 171.

19. O Conselho da Ordem dos Médicos consiste em uma organização profissional de direito público.

bro do referido Conselho, não sejam excessivas, não somente em si próprias mas, também, comparativamente às contribuições dos outros membros”.

A idéia de proporcionalidade não está ausente da jurisprudência igualitária firmada pelo Conselho Constitucional alemão. Mas comparadas às hesitações deste Conselho, a jurisprudência do Tribunal de Karlsruhe inscreveu a *igualdade*, diante da lei, dentro de uma estrita lógica, os *meios-fins*. E é, unicamente, dentro desta lógica que surge a justificação de uma diferença ou, de uma identidade de tratamento. Esta justificativa comporta a classificação em dois níveis. Em um primeiro nível, verificamos que a finalidade perseguida pelo legislador deve tornar compreensível a delimitação das categorias. Noutra nível, constatamos que os tratamentos que constituem a variedade dos meios, visando realizar objetivos, devem respeitar sempre uma certa proporcionalidade entre as categorias.

VI. Conclusões

Segundo pudemos verificar, o *princípio da proporcionalidade* é aplicável em todos os campos do Direito, sempre em que ocorrer uma colisão de interesses tuteláveis, em determinado caso concreto.

Contudo, não devemos nos deixar impressionar pelo mencionado princípio, na solução de eventuais conflitos entre dois direitos fundamentais, uma vez que a aplicação do princípio da proporcionalidade traz

dentro de si, uma determinada gama de subjetivismo, que pode trazer perigos para a garantia plena da proteção necessária à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, das pessoas envolvidas no feito.

Na jurisprudência alemã encontramos casos que servem de alerta aos magistrados para não abrirem espaço, através da aplicação equivocada do *princípio da proporcionalidade*, à admissibilidade da prova ilícita, resultante de uma má avaliação na ponderação e pesagem dos interesses postos em causa.

É necessário destacarmos um aresto da *Kammergericht de Berlim*,²⁰ que admitiu a produção de prova, totalmente obtida por meios ilícitos, por intermédio de gravação magnética, de escuta telefônica clandestina, feita pelo marido que gravou conversações realizadas por sua mulher com terceira pessoa, e que foram admitidas em processo de divórcio, como meio de prova.

Tal meio de prova é totalmente ilícito, que agride frontalmente o direito geral de personalidade da mulher, do terceiro, além da garantia fundamental de utilização em processos, de meios de provas licitamente obtidas.

A exagerada utilização do *princípio da proporcionalidade* e os perigos do subjetivismo excessivo, acabam por permitir que venha a ser admitida a prova ilícita e outras violações aos direitos fundamentais. Em virtude destes perigos, que a aplicação incorreta do *princípio da*

20. Kammergericht Berlin. Aresto de 03.06.1955. N.J.W. 26. 1956

proporcionalidade pode resultar, deve o mesmo ser empregado, somente, diante de situações concretas especiais, nas quais é

imprescindível sua utilização, a fim de garantir a salvaguarda do equilíbrio entre valores fundamentais em conflito.