

UMA REFLEXÃO SOBRE O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

MARIA CHRISTINA DE ALMEIDA

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O tema: justificativa e limites da reflexão 3. A teoria dos direitos fundamentais segundo Robert Alexu 4. O princípio constitucional da proporcionalidade 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O curso de Mestrado da Universidade Federal do Paraná, no tocante à disciplina de Instituições Fundamentais do Direito Civil, voltou-se no segundo semestre do ano de hum mil novecentos e noventa e seis, para a discussão de temas ligados à realização da Constituição, especialmente à concretização dos Direitos Fundamentais.

A Doutrina Constitucional enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixado mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

É nesse contexto que se coloca o presente trabalho, no qual procurar-se-à refletir sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais.

* Trabalho semestral da disciplina de Instituições Fundamentais do Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em nível de mestrado da Universidade Federal do Paraná, ministrada pelo professor José Antonio Gediel.

2 O TEMA: JUSTIFICATIVA E LIMITES DA REFLEXÃO

O controle de constitucionalidade material pelo contraste direto entre as normas escritas não é suficiente para determinar um juízo definitivo de obediência da lei à Constituição. Está em causa, por certo, a violação de princípios cujo controle aponta para a necessidade de o judiciário proceder ao exame da compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim, entre as opções políticas que lhe eram possíveis quando da elaboração da lei.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, como se pretende demonstrar, tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastando para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade.

Da mesma forma, a compatibilidade de normas ao princípio da igualdade, exigência básica para a consecução da justiça material, levará em conta uma igualdade proporcional, exigindo-se do legislador uma maior ponderação de resultados. Deve-se por isso, enfrentar as conseqüências do reconhecimento de um controle sobre a razoabilidade de uma lei, inquirindo se esta atividade torna o juiz legislador, ou, em outras palavras, se estaria a igualar a função jurisdicional à legislativa.¹ princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade, como prefere o direito norte-americano; ou da proibição de excesso como também denominado pelos alemães).

O caráter polissêmico e aberto das normas constitucionais, sobretudo em se tratando de direitos fundamentais, muitas vezes já contém em si uma exigência de conformação. Quando se fala, por exemplo, em “função social” da propriedade, revela-se ínsita a necessidade de o legislador ordinário intervir para dar-lhe um sentido determinado. Acresça a isto uma análise sobre o próprio conteúdo de muitos desses direitos e garantias e poder-se-á observar que, em grande parte deles, ele é eminentemente normativo, situação que está a gerar

¹ Cf. MAURO CAPPELLETTI, *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1993, p.73.

uma irrefragável limitação. Demais disso, os direitos humanos são separados por categorias ou gerações que reclamam diferentes tipos de intervenção do legislador: os direitos de liberdade são tanto mais amplos quanto menor a intervenção estatal; já os direitos sociais só são factíveis em sua plenitude em decorrência do reconhecimento do Estado: são, portanto, conquistas que decorrem da lei.

Outro aspecto bastante complexo dos direitos e garantias está relacionado com o atributo da relatividade. Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, como observa Norberto BOBBIO:

“Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas”.²

O princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico: por meio dele verificam-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia aos indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título.

O princípio da proporcionalidade tem como principal campo de atuação o dos direitos e garantias fundamentais e, por isso, qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência. A possibilidade de exame da razoabilidade da lei por parte do judiciário constitui importante mecanismo de proteção aos direitos fundamentais, porquanto a total liberdade do legislador para regulá-los tornaria pouco eficaz a cláusula de eternidade a

² *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p.42.

que estão submetidos estes direitos em diversas ordens jurídicas, como é o caso da nossa (art. 60, § 4º, IV).³

A “descoberta” do princípio da proporcionalidade, além de viabilizar um efetivo controle das leis, por permitir detectar situações inconstitucionais menos flagrantes, fornece ao juiz um instrumental prático inigualável quando se trata de justificar uma excessiva intervenção do legislador na seara dos direitos individuais.

3 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO ROBERT ALEXY

3.1 OBJETO DE UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No que tange ao objeto de uma teoria dos direitos fundamentais, podemos desdobrá-la em três teorias:

1. *a teoria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental*, a qual consubstancia-se numa teoria de determinados direitos fundamentais positivamente válidos;
2. *a teoria jurídica*, que é a teoria jurídica do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, uma *teoria dogmática*.

A partir dela, podemos distinguir três dimensões:

1. analítica, que é a consideração sistemático-conceitual do direito válido, como por exemplo, o conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e igualdade;

³ Tal como observado por Gilmar Ferreira MENDES na esteira de diversos doutrinadores como Kelsen, Loewenstein e Hesse, “não basta que a Constituição consagre garantias essenciais para a consolidação de um sistema democrático, no qual os direitos fundamentais sejam, efetivamente respeitados. Faz-se mister que ela logre concretizar sua *pretensão de eficácia*.” E, para tanto, conclui: “[...] é certo que a falta de um mecanismo de controle de normas retira muito da força normativa ou vinculante da Constituição. Kelsen chega mesmo a afirmar que tais Constituições não dispõem de força vinculante, uma vez que qualquer ato normativo secundário pode afastar a sua aplicação tópica ou genericamente.” (A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro, in: *Seleções Jurídicas da COAD* – 08/93, pp.11-25).

II. empírica, a qual apresenta um duplo significado:

- a) com relação ao conhecimento do direito positivamente válido;
- b) com relação à utilização de premissas empíricas na argumentação jurídica (exemplo: eficácia do direito, como condição de validade positiva).

III. normativa, que se trata da orientação e crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis da jurisprudência judicial.

Aduz o autor que:

“En gran medida, la dogmática jurídica es el intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado. Esto confronta a la dogmática jurídica con el problema de la fundamentabilidad racional de los juicios de valor. Más adelante se mostrará que, en principio, ello es posible”.⁴

Entende o autor que a vinculação das três dimensões é condição necessária da ciência do direito sob o ponto de vista pragmático.

3. *teoria geral dos direitos fundamentais*, que se trata de uma teoria “ideal”, a qual pretende abarcar os enunciados verdadeiros que são formulados nas dimensões analítica, empírica e normativa, integrando-os.

O autor manifesta-se contrário àqueles que reduzem a ciência do direito à sua abordagem analítica, eis que empiricamente somente pode ser concebida como uma disciplina multidimensional. Porém, não se pode olvidar da sua condição de disciplina racional.⁵

3.2 O CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Nem sempre as normas de direito fundamental outorgam algum direito subjetivo.

Alexy apresenta as características das normas em geral e das de direito fundamental.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993. Centro de Estudios Constitucionales. p.32.

⁵ ALEXY, Robert, *Teoría*, p.44/45.

Acerca das primeiras, distingue-as do enunciado normativo: a. uma norma é o significado de um enunciado normativo; b. uma mesma norma pode ser expressa através de diferenças enunciados normativos e c. nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, porém todo enunciado normativo poder ser transformado num enunciado deôntico.

Entende-se por teoria da validez uma teoria que proporciona critérios para saber quando uma norma é válida.⁶ Ela pode ser analisada sob o enfoque sociológico, jurídico e ético.

Aduz o autor que quem afirma que uma norma é válida ou a impõe realiza uma ação.⁷

Distingue enunciados de validez normativa e asseverações interpretativas. Os primeiros expressam quais normas são válidas, possuindo, portanto, valores de verdade. Quanto aos últimos, são também asseverações de natureza normativa, porém neles estão incluídos critérios morais, possuindo uma abordagem ética.

No que tange a norma de direito fundamental, o que faz com que um enunciado da constituição seja uma disposição de direito fundamental, pode ser explicado a partir de três enfoques: material, estrutural e formal.

Sob os aspectos material, e estrutural, utilizando-se das teorizações de *Carl Schmitt*, aduz que são “*solo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la Constitución*”.⁸ O critério formal está ligado à positivação.

Alexy define normas de direito fundamental como;

“... todas aquellas com respecto a las cuales es posible numa fundamentación iusfundamental correcta, por lo general, una referencia al texto de la Constitución. ... Una fundamentación más profunda – que expusiera por qué aquello que dice la Constitución valetiene, por lo general sólo valor teórico para la praxis de la fundamentación iusfundamental. Esto muestra claramente que la generalización de la definición que aponta a la fundamentación iusfundamental correcta en modo

⁶ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.57.

⁷ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.59.

⁸ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.63.

alguno borra la diferencia entre normas de derechos fundamental estatuidos directa e indirectamente. Una fundamentación iusfundamental correcta varia según se trate de una norma de derecho fundamental directa o indirectamente estatuida".⁹

3.3 A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

Para a teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios constitui a base da fundamentação jusfundamental e instrumento de solução dos problemas cruciais da dogmática dos direitos fundamentais.

Esta dicotomia é condição de possibilidade e de limitação da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais, sendo os alicerces da teoria dos direitos fundamentais.¹⁰

Existem vários critérios de diferenciação, sendo que o mais utilizado é o da *generalidade*, segundo o qual os princípios são normas de grau mais elevado (ex.: liberdade religiosa), enquanto as regras são normas de grau mais baixo.

Há três teses sobre a distinção. A primeira assevera que a distinção é estéril face a pluralidade existente. A segunda afirma que esta distinção é só de grau e a última aduz que entre regras e princípios existe não só uma diferença de grau senão qualitativa, a qual Alexy entende correta.¹¹

Sintetiza Alexy que:

"... las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de luacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y non de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio".¹²

⁹ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.73.

¹⁰ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.82.

¹¹ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.85/86.

¹² ALEXY, Robert, *Teoria*, p.87.

O autor destaca dois critérios decisivos para diferenciação: o conflito de regras e a colisão de conflitos.

Um conflito de regras “... sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas”.¹³ Em tais conflitos, se leva em consideração a dimensão da validade.

Já na colisão de conflitos, quando dos princípios entram em colisão, um terá que ceder ante ao outro, não tornando inválido o princípio que não vingar na colisão. Os princípios têm diferentes pesos e o que vinga é aquele que tiver maior peso.¹⁴

Acerca da diferenciação entre regras e princípios, são precípuas as seguintes ponderações de Robert Alexy:

“... Como las reglas exigen que se traga exactamente lo que en ellas scordenam contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracassar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.

Por ello, podría pensar-se que todos os principios tienen un mismo carácter prima facie y todas las reglas un mismo carácter definitivo. Un modelo tal se percibe en Dworkin cuando dice que las reglas, cuando valen, son aplicables de una manera de todo-o-nada, mientras que los principios sólo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión. Sin embargo, este modelo es demasiado simple. Se requiere un modelo más diferenciado. Pero, también dentro del marco de un modelo diferenciado, hay que mantener el diferente carácter prima facie de las reglas y los principios”.

Em dessumo, os *princípios* são sempre razões *prima facie*, as regras, são razões *definitivas*, desde que inexista uma exceção.¹⁵

¹³ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.88.

¹⁴ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.89.

¹⁵ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.102.

Entre os critérios de distinção entre regras e princípios é aquele que caracteriza os princípios como razões para as regras, Alexy concorda com tal critério, posto que as regras expressam um juízo concreto de dever ser, é uma razão definitiva. Por sua vez, os princípios são razões *prima facie*, eis que só estabelecem direitos *prima facie*.

Assim, “... *puede decirse que siempre un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. Los principios mismos no son nunca razones definitivas*”.¹⁶

Os princípios apresentam múltiplas propriedades: permitem conhecer seu conteúdo valorativo mais facilmente do que as regras; o seu conteúdo é importante ao ordenamento jurídico; expressam um modelo de fundamentação que parte do geral para o particular e não necessitam ser estabelecidos expressamente, eis que são concepções difundidas de como dever ser o direito.

O caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade, ou seja, é dedutível do caráter de princípio, através de suas máximas parciais – da adequação, da necessidade (postulado do meio mais benigno) e na proporcionalidade em sentido estrito (o postulado de ponderação, com a relativização no tocante às possibilidades jurídicas).

O modelo puro de regras é aquele em que as normas de direito fundamental necessitam de complementação, sendo sempre aplicáveis livres de ponderação.¹⁷

Por sua vez, as normas de direitos fundamentais estabelecidas sem reserva, garantem muito pouco, face à sua amplitude. O mesmo ocorre nos direitos fundamentais com reservas qualificadas, porque pode gerar intervenções muito mais extensas nos direitos do que é necessário.

Conclui-se que o modelo puro de regras não pode prosperar nas suas três dimensões, além do que é insuficiente para outros tipos de normação que se encontram na constituição.

As disposições jusfundamentais apresentam caráter dúplice: regras e princípios, o que não ocorre necessariamente com relação às normas jusfundamentais. Tais normas possuem caráter dúplice quando elas são obtidas quando os dois estão embutidos, ou seja, quando se inclui uma cláusula restritiva referida a princípios, sujeitando-a à ponderações.¹⁸

¹⁶ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.103.

¹⁷ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.118.

¹⁸ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.135.

O autor, a partir das teorizações de *von Wright*, divide os conceitos práticos em três grupos: deontológicos (mandato, proibição, permissão e o direito a algo), axiológicos (seu conceito fundamental não é de mandato ou dever ser, senão o bom) e antropológicos (vontade, necessidade, decisão e ação).¹⁹

Os princípios são mandatos de otimização, no âmbito deontológico. Os valores pertencem ao campo axiológico.

Há uma multiplicidade de significados para a palavra valor. Porém é importante diferenciar entre *ter* um valor e *ser* um valor.

Quando *temos* um valor encontramos um *juízo* de valor, que podem ser divididos em três grupos: classificatórios (bom ou mau), comparativos (melhor ou pior) e métricos (um número que indica um valor). Denominados de critérios de valoração os que podem ser sopesados e de regras de valoração, são regras aplicáveis sem ser sopesadas.²⁰

As formas de juízos de valor e suas relações com os critérios de valoração são importantes ao direito constitucional, pois conduzem à determinação da relação princípio e valor.²¹

A partir de tais teorizações, Robert Alexy define a diferença crucial entre princípios e regras:

“... Lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, no modelo de los principios, prima facie debido; y to que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferenciam sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente”.²²

As teorias dos princípios e valores encontram objeções, pois ambos os modelos apresentaram-se iguais no que tange à estrutura, sendo que a única diferença é que um está no âmbito deontológico e o outro no axiológico.

No tocante as objeções filosóficas, *Max Scheler* traz importantes contribuições, sobretudo quando se constata que os valores são critérios de

¹⁹ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.139/140.

²⁰ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.143/144.

²¹ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.146.

²² ALEXY, Robert, *Teoria*, p.147.

valoração que valem ou não. Contudo, sua validade não pode ser evidenciada, senão objeto de fundamentações, a qual depende do tipo de validade (jurídica, social ou ética). Parte-se de uma teoria de valores livre de suposições ontológicas e epistemológicas.²³

As objeções metodológicas dizem respeito às conseqüências de se invocar uma ordem de valores que permitiria justificar qualquer resultado, o que prejudicaria a objetividade das decisões judiciais.²⁴ Há restrições ainda no qual tange à dificuldade de estabelecer-se uma ordem hierárquica de valores, bem como o conceito de ponderação não está submetido a um controle racional.

Acerca das objeções dogmáticas, aduzem seus seguidores que uma teoria de valores dos direitos fundamentais conduziria a uma destruição do direito fundamental de liberdade no sentido liberal, uma vez que a “ ‘... *liberidad vinculada com a subjetividad (es) substituída por la objetividad del valor*, se produciría una orientación concreta de la libertad de derecho fundamental, una ‘obligación’ orientada hacia los valores”.²⁵ Forsthoff destaca ainda que uma teoria dos princípios não leva a sério a sujeição da constituição e que ela conduz à arbitrariedade interpretativa, conseqüentemente, à arbitrariedade constitucional.²⁶

3.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS

Acerca das discussões sobre os direitos subjetivos podem distinguir-se três tipos de questões: normativas, empíricas e analíticas.

As questões normativas desdobram-se em duas; ético-filosóficas, quando independentemente da validade da ordem jurídica, questiona-se qual a razão dos indivíduos terem direitos e quais possuem e jurídico dogmática, quando se pergunta se um sujeito possui um determinado direito subjetivo no sistema jurídico.²⁷

As questões empíricas permitem a discussão acerca do surgimento do conceito de direito subjetivo, sobre a sua função social e sobre sua função específica para a organização e legitimação das relações de dominação.²⁸

²³ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.151.

²⁴ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.152.

²⁵ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.170.

²⁶ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.171.

²⁷ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.174.

²⁸ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.176.

Já as questões analíticas, diz respeito à teoria estrutural dos direitos fundamentais, tendo importância a distinção entre norma e posição. A norma expressa um enunciado normativo. “*Si se entiende a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas en el sentido presentado más arriba, es posible seguir entre (a) razones para los derechos; (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la impositibilidad jurídica de los derechos subjetivos*”.²⁹

Alexy destaca que a variedade de significados sobre *direito subjetivo* cria um problema terminológico.

Um sistema de posições jurídicas fundamentais tem em sua base uma tríplice divisão acerca da designação *direitos*: direito a algo, liberdades e competências.

Acerca da concepção *direito a algo*, encontramos os direitos de ações negativas, tais como os direitos de defesa, que se desdobram em três grupos: 1. direitos a que o Estado não impeça ou obstaculize determinadas ações do titular do direito; 2. por direitos a que o Estado não afete simule determinadas propriedades ou situações do titular do direito e 3. por direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.³⁰

No que pertine à *liberdade*, ela é objeto de difícil conceituação, normalmente causada pela natural tendência de se imprimir uma valoração ao abordá-lo. A expressão exige uma abordagem de cunho jurídico, filosófico, social e moral.

Pode ser encarada como uma ação ou uma vontade, ou melhor, uma *alternativa*.

A liberdade jurídica estaria ligada à permissão jurídica, onde encontramos em *Hobbes*, na sua obra *Leviatã*, nas hipóteses em que a soberania não estabelecia qualquer regra.

As liberdades não protegidas também podem ser referidas como permissão, ou seja, é uma conjunção de uma permissão jurídica de fazer algo e uma permissão jurídica de omiti-lo.³¹

“*La definición de la libertad no protegida (LG a través de la conjunción de la permisión de un hacer y de la permisión de una omisión (PG ^ PG) pone*

²⁹ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.178.

³⁰ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.189.

³¹ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.219.

claramente de manifesto que la leberdad no protegida consiste en la mera vinculación de la permisión positiva com la negativa. Pero estas permisiones no son nada más que las negaciones de los correspondientes mandatos (OG) y prohibiciones(O – G)”.³²

Encontramos liberdade não protegida quando a ação ou omissão forem permitidas. A ação permitida realiza-se porque está fundamentada numa norma específica (permissão explícita) ou no sistema jurídico inexistente qualquer proibição (permissão explícita).

A circunstância de existirem liberdades jurídicas não protegidas, não implica falta total de proteção, posto que as normas infraconstitucionais não podem cercear a liberdade se não estiverem em consonância com a constituição.

A estrutura básica da proteção da liberdade tem como centro as relações entre iguais. São diretamente protegidas as liberdades que estão protegidas por uma proteção de igual conteúdo e indiretamente protegidas àquelas protegidas exclusivamente por um perímetro protetor.³³

A liberdade jusfundamental é aquela que existe em relação ao Estado, protegida por um direito visando obstar a violação desta liberdade pelo Estado.

Por derradeiro, em relação à *competência*, que também possuem as denominações de *poder* ou *poder jurídico* (concepção fática), *faculdade* (ligada à permissão) e *capacidade jurídica* (que seria adequada se não fosse o seu difícil manejo).³⁴

Destaque-se que existem competências do cidadão que desfrutam de proteção jusfundamental, como por exemplo, se o legislador derroga a competência de celebrar matrimônio ou adquirir propriedade. Por sua vez, o Estado possui sua esfera de competência, a partir de seus órgãos.

Em que pese até agora as teorizações sobre os direitos fundamentais serem abordadas no plano individual, isto não obsta a sua possibilidade de existir dentro do âmbito da pluralidade de uma determinada sociedade (direito fundamental como um todo).

³² ALEXY, Robert, *Teoria*, p.221.

³³ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.225.

³⁴ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.228.

3.5 O DIREITO GERAL DE LIBERDADE

Robert Alexy inicia sua abordagem a partir da constituição da República Federal da Alemanha, quando o Tribunal Constitucional Federal interpretou o livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2º, 1 LF) como direito geral a liberdade de ação e desde então tem sido mantida esta concepção.

Assevera o autor acerca desta tese:

“... La libertad general de acción es la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera. Que la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera está protegida por el artículo 2 párrafo 1 LF significa dos cosas. Por una parte, a cada cual le está permitido prima facie – es decir, en caso de que no intervengam restricciones – hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene prima facie, es decir, en la medida que no intervengam restricciones, un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos). De esta manera, el supuesto de hecho del artículo 2 párrafo 1 es ampliado considerablemente. Abarca todas las acciones de los titulares del derecho fundamental (norma permisiva) y todas las intervenciones del Estado en las acciones de los titulares de derecho fundamental (norma de derechos)”.³⁵

A concepção em tela foi objeto de várias objeções, dentre elas afirma-se que é um direito vazio, sem substância, não possuindo norma alguma para julgar acerca da admissibilidade de restrições à liberdade. Na verdade, ao invés de liberdade de ação, tería-se liberdade de intervenção.

No tocante às esferas de proteção e direitos de liberdade tácitos, entende-se por teoria das esferas como o resultado de ponderações do princípio de liberdade negativa com outros princípios, por um lado, e princípios opostos, por outra. A esfera mais interna “... siempre son decisivos los principios que hablan en favor de la protección, pues no es posible aducir principios opuestos que sólo podrían referirse o bien a derechos de otros o bienes colectivos, ya que no son afectados los derechos de otros o los intereses de la comunidad”.³⁶

³⁵ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.333.

³⁶ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.350.

Os direitos de liberdade tácitos têm como suporte a teoria das esferas e a supera. Para conhecê-los, importa analisar suas três dimensões: 1. o direito é uma ação ou uma situação do titular do direito fundamental; 2. se os direitos são abstratos ou concretos e 3. a diferença entre posições primafacie e definitivas.

A concepção formal-material do direito de liberdade geral abrange uma decrescente importância do princípio adicional da dignidade da pessoa.

Há quatro objeções ao direito geral de liberdade:

1. *objeção histórica*: os direitos fundamentais teriam surgido historicamente das respectivas situações especiais de desejo de segurança ou de perigo e por isso deveriam ser considerados como seguranças relacionadas com um âmbito de proteção totalmente determinado (garantias pontuais);³⁷
2. *objeção sistemática*: quando o direito geral de liberdade está vinculado com a concepção de um sistema axiológico fechado;³⁸
3. *objeção do conteúdo*: o direito geral de liberdade é expressão de uma concepção errônea do indivíduo e de sua relação com o Estado e a comunidade;³⁹
4. a objeção que aduz que o direito geral de liberdade, devido a seu suposto de fato extremamente amplo, que abrange não só toda ação senão também toda situação e posição jurídicas do titular do direito fundamental e a causa de sua cláusula restritiva que permite uma intervenção não só sempre senão só quando esta é formal e materialmente conforme a Constituição, conduz a um direito fundamental à constitucionalidade estatal.⁴⁰

3.6 O DIREITO GERAL DE IGUALDADE

A formulação do mandato de igualdade pressupõe que todos sejam tratados igualmente pelo legislador. O seu significado é difícil, mas é possível dizer-se o que não significa: nem que o legislador tem que colocar a todos nas

³⁷ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.359.

³⁸ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.361.

³⁹ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.365.

⁴⁰ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.370.

mesmas posições jurídicas nem que tenha que procurar que todos apresentem mesmas propriedade naturais e se encontrem nas mesmas situações fáticas.⁴¹

Por outro lado, não pode o legislador admitir toda a diferenciação e toda distinção há de ter um conteúdo.

Para encontrar-se o meio termo deste problema, é importante a máxima antiga que preconiza tratar igual o igual e desigual o desigual. A igualdade fática parcial seria conciliável com um tratamento desigual e a desigualdade fática parcial, com um tratamento igual.

Acerca do tratamento igual e desigual encontramos dois enfoques:

1. *o mandato de tratamento igual*, consubstanciado na máxima: se não há razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado o tratamento igual.⁴²
2. *o mandato de tratamento desigual*, segundo o máxima: se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de tratamento igual, então está ordenado um tratamento desigual, então ordenado um tratamento desigual.⁴³

O autor afirma ser possível distinguir três tipos de direitos da máxima geral da igualdade: os direitos de igualdade definitivos abstratos, os direitos de igualdade definitivos concretos e os direitos de igualdade *prima facie* abstratos.

Os primeiros são dois: o direito à igualdade de tratamento quando não existe nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual e o direito de ser tratado desigualmente quando existe uma razão suficiente para que esteja ordenado um tratamento desigual.⁴⁴

No segundo, o direito à omissão de um tratamento desigual podem existir direitos de igualdade concretos, tanto o status negativo como o status positivo e o status ativo.⁴⁵

Já o terceiro desdobra-se em dois: o direito *prima facie* à igualdade de direito que pode ser formulado como direito *prima facie* à omissão de tratamentos desiguais e o direito *prima facie* à igualdade fática é um direito *prima facie* a ações positivas do Estado.⁴⁶

⁴¹ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.384.

⁴² ALEXY, Robert, *Teoria*, p.395.

⁴³ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.396.

⁴⁴ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.416.

⁴⁵ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.417.

⁴⁶ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.418.

3.7 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA JURÍDICO

As normas jusfundamentais são importantes para o sistema jurídico em razão de sua fundamentalidade formal e material.

A seu respeito leciona o autor:

“La fundamentalidad formal de las normas jusfundamentales resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico en tanto derecho directamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial. Lo que ello significa lo muestra la contraposición de dos modelos constitucionales extremos, el puramente procedimental y el puramente material.

En el modelo puramente procedimental, la Constitución contiene exclusivamente normas de organización y procedimientos. Referido a la legislación, esto significa que la Constitución no excluye directamente nada como contenido posible del derecho positivo. Todo lo que es creado de acuerdo con el procedimiento y las formas previstos a tal efecto es derecho positivo. Una Constitución puramente procedimental puede tener una influencia sólo mediata en aquello que será derecho positivo”⁴⁷

A irradiação das normas jusfundamentais em todos os âmbitos do direito – um de cujos aspectos mais problemáticos se acaba de tratar ao considerar o efeito em tercetos ou horizontal – tem efeitos de grande alcance para o caráter do sistema jurídico.

Destacam-se três: 1. na limitação dos conteúdos possíveis do direito ordinário; 2. resulta do tipo de determinação material e 3. refere-se ao tipo de abertura.

3.8 O REGIME GERAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E REGIME ESPECÍFICO DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

A Constituição Federal não consagrou uma disciplina jurídico-constitucional unitária dos direitos fundamentais. Todavia, estabeleceu um

⁴⁷ ALEXY, Robert, *Teoria*, p.504.

regime geral dos direitos fundamentais, que é um regime aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam consagrados como direitos, liberdades e garantias, ou como direitos econômicos, sociais e culturais, quer estejam catalogados como direitos fundamentais ou não.

Estabeleceu, também, um regime específico dos direitos, liberdades e garantias, ou seja, uma disciplina jurídica de natureza particular, consagrada nas normas constitucionais e aplicável aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos de natureza análoga, *v.g.*, direitos da personalidade.

A relação entre *regime geral* e *regime especial* não é uma relação de exclusão ou de separação. Não existem dois regimes distintos para dois grupos diversos de direitos fundamentais, mas sim, o que existe é um *regime geral* (a todos aplicável) e um *regime especial* (próprio dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga), que se acrescenta àquele.

A Constituição não se refere a qualquer regime particular dos direitos econômicos, sociais e culturais, embora possam existir certas dimensões mais típicas deste grupo de direitos. Por outro lado, não está excluída a existência de regras e princípios consagrados na Constituição e especificamente respeitantes a certas categorias de direitos.

O significado de um regime de direitos “qualificado” ou de “garantias reforçadas” não é o de reduzir o *regime geral* a uma disciplina jurídica mais frouxa ou com menos dignidade, mas o de estabelecer um regime que exprima a natureza desses direitos, na sua concreta expressão constitucional positiva.

Dentro desse campo da especificidade, os direitos da personalidade, concebidos como uma série de normas e princípios que visam a proteção dos atributos da personalidade humana, têm sido objeto de profundas reflexões no sentido de valorizar o direito de personalidade do indivíduo, procurando fixar seus limites a fim de que haja garantia do respeito a esse direito, dirimindo-se os conflitos com outros direitos, através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

É da Constituição que decorre a afirmação da validade das demais disciplinas do Direito, que se devem subordinar aos princípios do Direito Constitucional, não podendo ser incompatíveis com os mesmos. A inserção de um rol de garantias fundamentais do indivíduo nas Constituições tem por escopo, segundo Kelsen, evitar que o legislador crie leis que violem os direitos da pessoa humana, podendo ser essas leis violadoras, de natureza civil ou penal.

O fato de uma manifestação da personalidade humana ser tutelada pelos Tribunais, apesar de não haver ainda sua tutela no direito positivo, e que depois, admitida como tipo, venha a ter sua tutela garantidas pela sua inserção na Constituição, não deixará de ser um direito de personalidade por se transformar em garantia individual, nem deixará de proteger os particulares entre si e só tutelá-los contra os ataques vindos do Estado, mudando-se um direito privado de personalidade para um direito público de personalidade.

Nesse sentido, os direitos de personalidade não são divisíveis em direitos de personalidade públicos e privados. Os direitos de personalidade, por serem inerentes à pessoa, por se tratar de diversos aspectos da manifestação da personalidade humana, transcendem não só uma disciplina jurídica mas todo um ramo, não cabendo estes direitos na divisão dicotômica do Direito em público e privado.

Os direitos e garantias individuais arrolados na Constituição Federal são direitos de personalidade que já foram consagrados, tendo sido alçados à categoria de princípios constitucionais. Os direitos de personalidade tutelados no art. 5º da Constituição Federal não protegem apenas o indivíduo dos ataques praticados pelo Estado, não havendo qualquer limite imposto nos textos nesse sentido. A tutela é ampla, dirigida tanto ao Estado, que deve respeitar os direitos de personalidade das pessoas que estão no seu território, bem como, aos particulares entre si, nas suas relações a cada momento.

O homem, como ser social, vivendo na sociedade contemporânea, é regido, em suas relações, por uma série de normas e princípios que visam protegê-lo e garantir-lhe um determinado número de deveres. Dentre os direitos encontramos uma determinada categoria que se constitui nos “direitos primeiros”, os direitos fundamentais, que têm por escopo tutelar a pessoa humana, individualmente, de toda a série de ataques contra a mesma desfechados. Situam-se como “direitos primeiros”, o direito de personalidade que consiste na proteção dos atributos da personalidade humana.

A grande dificuldade que se tem encontrado para a fixação dos limites dos efeitos do direito de personalidade, em relação a outros direitos legitimamente tuteláveis com respeito a ambas as categorias jurídicas, dá-se, principalmente, pelo fato de o direito de personalidade ser um direito ainda bastante novo, carecendo de uma teoria geral que defina seus caracteres, significado e extensão de um modo unanimemente considerado.

Os direitos de personalidade pertencem à categoria especial dos direitos subjetivos. Há, todavia, uma insuficiência no tratamento dos direitos da personalidade baseado na teoria da natureza positiva dos direitos da personalidade, por não ser o Direito Positivo a única fonte do Direito. A evolução social é constante e rápida; a tecnologia progride com descobertas diárias de aparelhos que põem em risco o indivíduo e sua personalidade é atacada a cada minuto, não se podendo esperar o legislador outorgar proteções ainda não previstas.

A tutela dos direitos inerentes à personalidade humana encontra-se um tanto adormecida, esperando um estudo mais profundo, devendo nossa proteção à personalidade unicamente à Jurisprudência dos Tribunais ao decidir os casos concretos.

Há uma necessidade de valorização dos direitos da personalidade, com o escopo de delinear e fixar seus limites a fim de que haja garantia do respeito a esse direito, dirimindo-se os conflitos com outros direitos, através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

É necessária a evolução dos direitos de personalidade e sua tutela e esta só pode ser plenamente garantida pelo trabalho e desenvolvimento constante da Jurisprudência que utiliza a analogia e os princípios gerais do Direito, para amplamente proteger dos ataques os direitos inerentes à pessoa humana, mesmo os não tipificados nem classificados pelos doutrinadores.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

4.1 O SENTIDO DA PROPORCIONALIDADE

A expressão **proporcionalidade** tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em um sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a **proporcionalidade em estilo estrito** da proporcionalidade tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional.

O Supremo Tribunal Federal empregou pela primeira vez a expressão **princípio da proporcionalidade em sede de controle de constitucionalidade**, em 1993, quando deferiu a medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense n.º 10.248, de 14.01.93, nos termos abaixo:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a 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, § 2º, e 238, além de violação ao **princípio de 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 inconstitucionalidade: liminar deferida.⁴⁸

Observa-se que o e. Supremo Tribunal, mesmo aludindo ao termo **proporcionalidade**, não deixou de fazer referência à **razoabilidade**, deixando assente a possibilidade de utilização de ambas as expressões.

4.2 A JUSTIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O **princípio da proporcionalidade** está em plena expansão de sentido, pelos aportes científicos constantes que lhe são atribuídos, como **princípio** dirigido ao legislador encontra sua primordial função no âmbito dos **direitos fundamentais**, dado o regime diferenciado previsto para este tipo de **direitos**, mas, sim, ser questionável a amplitude de sua aplicação.

Já restou dito que o problema dos direitos fundamentais hoje está calçado na problemática de sua efetividade. A garantia de sua eficácia jurídica e material não se resolveu com a simples positivação do seu conteúdo em uma carta constitucional, haja vista a Constituição de Weimar, que foi solapada pelo nazismo. Foi de fato necessária uma reinterpretação do valor da Constituição como garantia dos direitos fundamentais. Nessa virada que se operou dentro da ciência do direito constitucional, a pauta de bens e valores inscrita na Constituição foi tida como uma pauta mínima e, ao mesmo tempo, vinculante

⁴⁸ STF, Pleno, j. 1-07-93, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

para todos, até mesmo para o Estado, deixando de ser considerada mera carta de intenções ou mero programa de governo.

A partir desse novo contexto, infere-se, com certa facilidade, que a **dignidade do homem**, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige possibilidade de abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz ínsita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos.

O **princípio da proporcionalidade**, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de **garantia especial**, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

Entre estas idéias principais, o **princípio da proporcionalidade** complementa o princípio de reserva legal (art. 5º, II), entendido este como submissão de uma determinada matéria – como a dos direitos fundamentais – exclusivamente à lei formal. E ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no **princípio da reserva legal proporcional** ou, ainda, no **devido processo legal substancial**.⁴⁹

Com toda certeza, restrições demasiadas podem até aniquilar o próprio direito restringindo ou direitos conexos, comprometendo a própria noção de Estado de Direito Democrático. Enfim, são inúmeras as formulações jurídicas, expressas ou implícitas, referentes aos direitos fundamentais, a partir das quais justifica-se um controle o mais amplo possível dos atos legislativos, inviabilizando qualquer invasão indevida do legislados às posições jurídicas asseguradas aos indivíduos em razão da Constituição. E o **princípio da proporcionalidade**, como categoria dogmática, responde, sem dúvida alguma, a essa necessidade de cobrir os espaços pouco sindicáveis pelo judiciário, sobretudo em termos de controle da lei.

Direitos fundamentais são, por conseguinte, dimensões indispensáveis do Estado Brasileiro. Mas um tal Estado, que tenha como função e fim a proteção de direitos dos seus cidadãos, só pode ser implementado sob as bases do direito. Da mesma forma, dialeticamente, este Estado de Direito só pode ser democrático.

⁴⁹ Cf. Gilmar Ferreira MENDES, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade...*, cit., p.15.

4.3 O PONTO DE PARTIDA DA REFLEXÃO: A COMPREENSÃO JURÍDICO-DOGMÁTICA DOS ATOS FUNDAMENTAIS

A análise sobre os direitos fundamentais no presente trabalho tem por objetivo clarificar a base sobre a qual o **princípio da proporcionalidade** tem seu principal campo de atuação.

Como valores precípuos plasmados em uma Constituição, os direitos fundamentais traduzem, pois, as concepções filosófico-jurídicas aceitas por uma determinada sociedade, em um certo momento histórico.⁵⁰ Estes valores fundantes do Estado são, ao mesmo tempo, fins desta sociedade e direitos dos seus indivíduos.

Essa essência dos direitos fundamentais faz com que a generalidade dos autores refira-se à sua **dupla dimensão, ou dupla função**. Fala-se em dimensão **subjetiva** ou **individual** em contraposição a um caráter **objetivo** ou institucional, com isso querendo evidenciar que eles não podem ser pensados apenas do ponto-de-vista dos poderes ou faculdades que representam aos seus titulares.⁵¹

Os direitos fundamentais assim entendidos passam a constituir limites de ação aos poderes públicos, mas, também, princípio reitor, programa e impulso.⁵²

Sob a ótica objetiva, várias conseqüências podem ser apreciadas. Um estudo das normas constitucionais consideradas como de direitos fundamentais revela que estas se acham imbricadas com outras, que, a par de estabelecerem um dever para o Estado, não estão a investir o cidadão em poder algum, como no caso das **garantias institucionais**. Estas destinam-se a dar um sentido organizatório a uma determinada atividade, justamente para **garantir** uma

⁵⁰ A propósito do assunto, recomenda-se a obra de Norberto BOBBIO, *A Era dos Direitos*, cit. No mesmo sentido, entre nós, Fábio KONDER COMPARATO, *Os problemas Fundamentais da Sociedade Brasileira e os Direitos Humanos*, tese apresentada na XII Conferência Nacional da OAB, Porto Alegre, RS, outubro de 1988.

⁵¹ Cf. José Carlos Vieira de ANDRADE, *op. cit.*, pp. 144-145. No mesmo sentido F. MÜLLER, para quem "os direitos fundamentais são garantias de proteção objetivamente cunhadas de determinados complexos individuais e sociais concretos de ação, organização e matérias", *apud* Robert ALEXY, *op. cit.*, p.75.

⁵² Cf. Peter HABERLE, *O Legislador dos Direitos Fundamentais*, in: *La Garantia Constitucional de los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.* (nota 23), p.114.

posição individual ou coletiva, como no caso da propriedade, da imprensa do júri popular, do sindicato, da herança, da família, etc. É a própria **liberdade individual** que cobra a existência de garantias especiais a estas instituições e o legislador, sem dúvida, é o agente de maior responsabilidade na tarefa de explicitação dessa rede de princípios.

O enfoque objetivo dos direitos fundamentais como valores comunitários tem ainda a função de realçar o sentido do **comum** em face do **individual**, servindo de suporte para imprimir um caráter relativo à liberdade e para admitir seus **limites**.⁵³ É assim que se explica, por exemplo, a imposição do uso do cinto de segurança: o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional **vida** ou **integridade física** dos indivíduos, cuja proteção é requerida do Estado em cumprimento às suas finalidades. Da mesma forma pode-se argumentar em favor da proibição geral do uso de drogas.

Em que se pese a importância da dimensão objetiva, a perspectiva subjetiva não deixa de ter preeminência. Afinal, os direitos fundamentais estão conectados à realização da **dignidade humana dos indivíduos**. Garantem, por isso, posições jurídico-individuais aos seus titulares, mas posições complexas, em razão de encerrarem, em si, variadíssimas pretensões. São, ainda, concebidos como normas de distribuição de competências, na medida em que definem o que é obrigatório, permitido ou proibido (tanto aos cidadãos como ao Estado).

4.4 A PROPORCIONALIDADE E AS LEIS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Embora se possa catalogar, formalmente, as normas de direitos fundamentais constantes de uma Constituição como regras ou princípios, o salto dialético no estudo desse tipo de normas parece depender da consideração de que possuem um duplo caráter. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.⁵⁴

O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica, por si só, a proporcionalidade em sentido amplo ou a existência de seus elementos ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em

⁵³ Cf. José Carlos Viera de ANDRADE, *op. cit.*, p.161.

⁵⁴ Cf. Robert ALEXYS, *op. cit.*, p.135.

sentido estrito.⁵⁵ Não é estranho, portanto, que se pretenda derivar o **princípio da proporcionalidade** da própria essência dos direitos fundamentais.⁵⁶

Quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na **solução** de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar. Esta relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz ínsita a existência de várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Ora, o equacionamento de um **conflito** entre princípios é regido pela proporcionalidade em sentido estrito, daí que este elemento do cânone da proporcionalidade é um consectário lógico da natureza de princípio da norma de direito fundamental.

Também a adequação e a necessidade são dedutíveis desse caráter principiológico das normas de direito fundamental. Se é certo que a realização dos direitos fundamentais supõe uma otimização não só de situações jurídicas, mas igualmente de situações fáticas, fica claro que a adequação dos meios aos fins bem como a busca da maior idoneidade dos meios aos fins bem como a busca da maior idoneidade do meio para a realização ótima do fim estão implícitas no processo, porque são elas – adequação e necessidade – que determinam, enfim, o resultado apto sob o aspecto da realidade possível.

Como antes assinalado, a comprovação da existência do **princípio da proporcionalidade** pode-se dar de várias formas, sem que um argumento invalide outro. Nesse ponto, pretende-se apenas afirmar que a concretização dos direitos fundamentais está atada ao **princípio da proporcionalidade**, razão do caráter principiológico das normas que contemplam.

4.5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE DOS LIMITES

Para prevenir os inúmeros conflitos resultantes de pretensões colidentes, a fim de garantir segurança jurídica nas relações sociais, justifica-se, freqüentemente, a edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos considerados, sem que, para tanto, exista uma específica autorização

⁵⁵ Cf. Robert ALEXY, *op. cit.*, p.111.

⁵⁶ BVerfGE 19:342 e 65:1, apud Robert ALEXY, *op. cit.*, p.112. Entre os brasileiros, fazem menção a decisões da Corte Constitucional alemã com estas conclusões, Gilmar Ferreira MENDES (*Controle de Constitucionalidade*, cit.) e Paulo BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*, cit.).

constitucional. Nestes casos, tem-se que a coexistência espaço-temporal de direitos pode ser validamente prevenida, desde que a tarefa de concordância prática respeite os limites dados principalmente pelo princípio da proporcionalidade.

A idéia, portanto, segundo a qual o legislador, ao fixar restrições a direitos e garantias constitucionais, está jungido a limites materiais da não-contraditoriedade, da adequação de meios a fins, da justa medida na imposição de cargas coativas, da intervenção mínima, não foi suficientemente absorvida pelo STF. O controle intrínseco das normas legais ainda não comparece com regularidade no debate em torno da inconstitucionalidade.

Convém observar que o problema reside exatamente em admitir-se a sindicabilidade desta liberdade política, porque um juízo de oportunidade, calcado na proporcionalidade, é bastante freqüente na jurisprudência. Os juízes criminais, por exemplo, em atenção à categoria e à intensidade da lesão e do bem jurídico coletivamente afetado, deixam de condenar determinadas condutas, como as de bagatela, reservando ao aparelho penal repressor apenas as questões sociais e jurídicas relevantes. E, também no processo civil, os juízes emitem decisões alicerçadas em raciocínios orientados pela idéia de proporcionalidade, quando deferem liminares em processos cautelares.

4.6 A RELAÇÃO ENTRE IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE

O princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade têm estrutura diversa. Enquanto o primeiro atua separando e individualizando, o segundo funciona harmonizando e conciliando. Ocorre que ambos possuem zona de interseção; melhor esclarecendo: para aferir-se a validade de uma norma legal frente ao princípio da isonomia, necessita-se da idéia de proporcionalidade ou de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade, aqui considerado, tem caráter meramente instrumental.

Para tanto, faz-se necessário compreender que restrição a direitos fundamentais e desigualdade não andam necessariamente associados, isto é, nem toda restrição desproporcionada importa violação ao princípio da igualdade.⁵⁷

⁵⁷ SAN TIAGO DANTAS reconduziu todos os problemas de leis arbitrárias a um problema de igualdade. O notável esforço doutrinário desse reconhecido jurista pátrio deveu-se, primeiramente, à nítida consciência que possuía sobre a necessidade de impor limitações jurídico-materiais à atividade legiferante,

Uma limitação excessiva pode gerar a perda do direito, uma sobrecarga para o atingido ou efeitos reflexos danosos a outros direitos, sem que se lesione, no entanto, o direito de igual tratamento na lei. Para que a restrição desarrazoada signifique também afetação ao direito de igualdade, há de ocorrer concomitantemente os pressupostos de existência da relação desigual. Nesse caso, fala-se em **restrição desigualitária**.

Não há incongruência, portanto, na utilização do **princípio da proporcionalidade** para o fim de constatar se as distinções de tratamento, freqüentemente necessárias em face do resultado perseguido, são ou não compatíveis com a idéia de igualdade, porque a proporcionalidade, como já assentado inúmeras vezes, constitui um parâmetro por excelência e não uma medida em si.

Essa relação tão íntima entre a igualdade e a proporcionalidade levou vários autores a tentar unificar ambas as idéias sob um denominador comum. Não é estranho, em face disso, que alguns tenham sustentado em alguma ocasião que o princípio da igualdade consagra o **princípio da proporcionalidade**, o que não deixa de ser verdadeiro, quando se toma em consideração a necessidade de invocá-la como critério para aferição da legitimidade da diferenciação de tratamentos a pessoas até então tidas em idêntica posição.

5 CONCLUSÃO

A possibilidade de um controle material da lei em vista de vícios intrínsecos é exalçada no âmbito dos direitos fundamentais em razão da formulação do princípio constitucional da proporcionalidade, que exige do legislador a menor intervenção possível na esfera privada desses direitos.

O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a **adequação** traduz a exigência de que os

e, em segundo, pela ausência da formulação do princípio da proporcionalidade. O autor **trabalhou** o conceito de igualdade em seu limite máximo, aproximando-o da cláusula *due process of law* dos americanos. Como se vê, embora ainda não formulado o cânone da proporcionalidade, era o mesmo intuito do sistema, tendo em vista a noção de direitos fundamentais e Estado de Direito. Para um maior aprofundamento, consulte-se especialmente o título "Igualdade perante a lei e *due process of law*", cit.

meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da **necessidade** é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela **proporcionalidade em sentido estrito**, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.

A correta aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade traz como premissa metodológica a compreensão jurídico-dogmática dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, analisando a Constituição de 1988, pode-se entrever que o Constituinte brasileiro foi minucioso na explicação de direitos e das respectivas garantias, adotando o sistema de autorizações expressas simples e qualificadas ao legislador para limitação dos direitos, quando não o fez diretamente, por meio de cláusula restritiva. Em face das reservas simples, o legislador possui maior liberdade na definição dos meios e fins das restrições, e o controle da respectiva legislação, nesta hipótese, somente se completa com o exame da proporcionalidade.

Um estudo da estrutura dos direitos é ainda indispensável para a formulação de uma teoria das suas limitações. Por meio dele podem-se descortinar as diferentes categorias de direitos subjetivos: direitos a ações negativas e direitos a ações positivas. Os primeiros traduzem-se por pretensões de abstenção e comumente referem-se às liberdades protegidas; os últimos se concretizam por prestações de fazer, referindo-se a ações tanto de conteúdo fático como de conteúdo normativo. Os direitos sociais sempre requerem prestações positivas de índole material, por isso ficam sob “reserva do possível”, não sendo passíveis de aplicabilidade imediata. As garantias institucionais fundamentais são direitos de conteúdo eminentemente normativo, carecendo, portanto, de conformação do legislador, que não é livre quanto à oportunidade de edição das leis necessárias a sua concretização, por isso mesmo tais garantias representam imposições legislativas.

Em caso de colisão de direitos fundamentais, a técnica correta para aferição da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens, pela qual se estabelece uma relação de precedência condicionada, que vale como lei para determinado conflito. Esse procedimento é bastante útil para se aferir a compatibilidade de uma norma legal restritiva de direito ao princípio em exame não somente quando a finalidade da lei foi a de limitar o âmbito de proteção de um direito, mas quando, a pretexto de regular determinada matéria, por via reflexa se a restrição a um outro direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, ROBERT. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993. Centro de Estudios Constitucionales.
- BARROS, SUZANA DE TOLEDO, *O princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de direitos Fundamentais*, Brasília, Livraria e Ed. Brasília Jurídica, 1996.
- CAPPELLETTI, MAURO, *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional*.
- MENDES, GILMAR FERREIRA, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, 1993.
- SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.