

Dos princípios e do preceito da proporcionalidade

Autor: Marcelo Cardozo da Silva

(Juiz Federal, Mestre em Direito pela UFRGS)

Publicado na Edição 13 - 21.07.2006

Súmaro: Introdução – 1. Das regras e dos princípios – 2. Do preceito da proporcionalidade. 2.1 Adequação. 2.2 Necessidade. 2.3 Proporcionalidade em sentido estrito. 3. Algumas referências sobre a aplicação do preceito da proporcionalidade – Conclusão.

Introdução

A argumentação jurídica tem a clareza metodológica, intersubjetivamente controlável, como requisito.

Embora não seja possível, no mais das vezes, assegurar-se uma solução intersubjetivamente absoluta aos casos concretos postos a julgamento, é fundamental que a argumentação jurídica se dê em meio a procedimentos que, conduzindo a exposição a padrões científicos, reduzam maximamente o espaço da retórica.

Em meio a esse esforço, o preceito da proporcionalidade visa a firmar bases para o controle intersubjetivo da argumentação. Não traz consigo nenhuma solução apriorística de casos concretos: traz quadros dentro dos quais a argumentação deve-se dar com vistas à solução de casos concretos.

E, consubstanciando os princípios, valores veiculados por intermédio de normas jurídicas, com o preceito da proporcionalidade, que lida com a colisão de princípios, passa o direito a, diretamente, debater choques de posicionamento morais, que passam a vestir roupagens jurídicas.

Nesse contexto, é de destacada importância uma adequada compreensão estrutural de como opera o preceito da proporcionalidade, de modo a não o desvirtuar com uma finalidade retórica. Em realidade, o preceito da proporcionalidade vem a exigir, especialmente daqueles que detêm o poder de decisão, como os juízes, um maior grau de exposição argumentativa, dificultando, sobremaneira, a aplicação meramente retórica do direito.

Em verdade, como método, não importando em favor de que princípio se vá dar preponderância no caso concreto, a proporcionalidade impõe exaustiva dose argumentativa em favor dos

prós e dos contras da aplicação de cada princípio nos casos concretos.

No presente artigo, analisam-se, a partir de uma perspectiva estrutural, as regras e os princípios enquanto normas jurídicas, demonstrando-se o papel desempenhado pelo preceito da proporcionalidade e de seus subpreceitos na colisão de princípios, expondo-se, ao final, algumas referências acerca de sua aplicação.

1. Das regras e dos princípios

Adota-se o conceito semântico de norma,(1) partindo-se da distinção entre enunciado normativo e norma,(2) concebendo-a como um objeto lingüístico que veicula um enunciado deôntico(3) e que é identificado de acordo com determinados critérios de validade.(4)

A norma perfaz o significado de um enunciado normativo. Um enunciado normativo, por exemplo, pode ser uma disposição constitucional específica, tal como aquela enunciada no artigo 5º, inciso LXII, da CF: "LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada."

Desse enunciado normativo, por sua vez, podem-se, entre outras, formular as seguintes normas:

Se A for preso, deve o Estado comunicar imediatamente sua prisão e o local em que se encontre ao juiz competente.

Se A for preso, deve o Estado comunicar imediatamente sua prisão e o local em que se encontre à sua família ou à pessoa que indique.(5)

Com efeito, diversas normas podem decorrer de apenas um enunciado normativo, assim como uma norma pode decorrer, por si só, de elementos contidos em diversos enunciados normativos, ou, ainda, uma norma pode ser decorrência de um sistema normativo, sem se vincular a nenhum enunciado normativo específico.

Do ponto de vista estrutural, as normas, enunciados deônticos que veiculam mandados, permissões e proibições, podem ser divididas em regras e em princípios.(6)

As normas que apresentam a estrutura de regras podem ser enunciadas da seguinte forma:

Se "A" acontecer, então se deve seguir a consequência jurídica "B".

Trazem, como consequência da realização do tipo abstrato (vale dizer, de "A", no exemplo), uma determinada e específica consequência jurídica (vale dizer, "B" no exemplo), ou seja, um mandado, uma permissão ou uma proibição definitiva. Tal como expõe ALEXY:

"las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones de lo fáctico y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho".(7)

Isso, contudo, que se passa no plano estrutural, em nada altera a necessidade de interpretação(8) da norma. Tanto "A" quanto "B", no exemplo, devem ser interpretados, sujeitando-se à exposição argumentativa. Assim, quando se faz referência, por exemplo, a um mandado definitivo, não se quer, de nenhuma forma, afastar o processo interpretativo: quer-se dizer somente que a própria norma traz consigo uma consequência jurídica específica caso ocorrente seu tipo abstrato.(9)

As regras, nas relações que mantêm entre si, para que convivam em um sistema normativo, não devem apresentar contradições, tais como:

(1) Se "A" acontecer, deve-se seguir a consequência jurídica "B"

(2) Se "A" acontecer, não se deve seguir a consequência jurídica "B".

Logicamente, a regra "1" exclui a regra "2", já que antagônicas, pelo que uma delas deverá ser tida como inválida, havendo de se lhe negar vigência, retirando-a do ordenamento jurídico.

Para a solução desse conflito, de forma a que ambas regras permaneçam em vigor, será necessária a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras: adicionando-se, na regra "1", por exemplo, uma cláusula de exceção, a regra "2" deixa, na ocorrência da exceção, de entrar em conflito com a regra "1"; assim:

Se "A" acontecer, deve-se seguir a consequência jurídica "B", salvo se "C" se fizer presente.

A cláusula de exceção faz-se presente, por exemplo, quando, a partir de diversos enunciados normativos, é possível extrair campos

próprios e específicos de aplicação de uma das regras, deixando-se à outra o disciplinamento dos demais campos.

Todavia, não sendo possível a introdução de uma cláusula de exceção, uma das regras ("1" ou "2") deverá ser tida como inválida. Para resolver tal conflito entre regras, diversas soluções podem ser adotadas:

- 1) a regra posterior revoga a regra anterior;
- 2) a regra especial revoga a regra geral;
- 3) a regra de hierarquia superior invalida a regra de hierarquia inferior.

Os princípios apresentam estrutura normativa, por sua vez, absolutamente diversa da das regras, podendo assim ser enunciados:

Deve-se realizar "D" na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Os princípios constituem-se em normas que comandam que aquilo que enunciam seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas concretas. Consoante ALEXY:

"los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas". (10)

Em outras palavras, os princípios dependem, para sua aplicação, da situação fática concreta enfrentada, bem como da ponderação com as demais normas relevantes. (11)

Quando dois princípios entram em situação de colisão, a solução desta não se dá pelo reconhecimento da invalidade de um deles, mas, sim, pela ponderação que se realizará, cedendo um princípio em face do outro. Com efeito, dadas determinadas condições, um princípio precede ao outro.

Se os conflitos entre as regras superam-se no terreno da validade, os conflitos entre os princípios superam-se, sem se declarar a invalidade de nenhum deles, mediante a ponderação (dimension of weight, nas palavras de DWORKIN). (12)

A solução da colisão funda-se em um estabelecimento de uma relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso. Consoante ALEXY,

"la determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican condiciones bajo las cuales un principio precede otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente".(13)

A relação de precedência condicionada pode ser sintetizada da seguinte forma:

O princípio "A" precede ao princípio "B", quando C.

Vale dizer, quando presente a circunstância "C", o princípio "A" tem precedência em face do princípio "B".

Da relação de precedência condicionada chega-se a uma regra, que "prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia".(14) Tal regra, por ALEXY, é chamada de "lei de colisão", podendo, segundo expõe, ser construída da seguinte forma: se o princípio "A", em face da circunstância "C", precede ao princípio "B", e se do princípio "A", em face da circunstância "C", resulta a consequência jurídica "R", então vale a regra:

Se o princípio "A" precede ao princípio "B", quando C, deve-se seguir a consequência jurídica "R".(15)

A lei de colisão é uma norma adscrita(16) do princípio preponderante,(17) à qual pode ser subsumido o caso concreto.(18)

Daí o caráter essencialmente relativo, isto é, prima facie dos princípios, que cedem, uns em face de outros, a depender das circunstâncias experimentadas, dependentes que são das possibilidades fáticas e jurídicas concretas, sem, contudo, nenhum deles perder validade.

Um princípio, para que se chegue à lei de colisão, vale dizer, à norma adscrita de direito fundamental,(19) deve ser objeto de argumentação, constituindo-se, sempre, em uma razão prima facie:

"la vía desde el principio, es decir, del derecho prima facie, al derecho definitivo, transcurre, pues, a través de la determinación de una relación de preferencia. Pero, la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo con la ley de colisión, el establecimiento de una regla. Por ello, puede decirse que siempre que 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".(20)

Na hipótese dos princípios, a atividade interpretativa dá-se em meio à ponderação, dela surgindo a regra (lei de colisão) que dirimirá o caso concreto.(21) Por isso que, nesse específico sentido, pode-se dizer que inexistente ponderação entre regras, uma vez que já se está diante de um mandado, permissão, proibição definitivos. Pode uma regra, eventualmente, colidir com um princípio. Tratando-se da colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional, para que se possa resolver tal conflito, a regra deve sofrer um processo de "reconstrução" rumo ao princípio constitucional que lhe dá sustentação. Caso inexistente tal princípio de amparo, a regra será, simplesmente, inconstitucional; caso exista tal correlação, tratar-se-á de proceder à ponderação entre os princípios colidentes, verificando a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da restrição(22) que a regra infraconstitucional (que, em realidade, serviria como uma lei de colisão) opera sobre o princípio colidente.(23)

É preciso esclarecer que ponderação e que interpretação, nos sentidos aqui empregados, não apresentam a mesma significação. A ponderação, que impescinde, para sua realização, de interpretação, é um procedimento de formação de uma regra adscrita a partir da colisão entre normas de tipo princípio. Uma regra, por sua vez, também depende, para sua aplicação, de um processo interpretativo, mesmo trazendo consigo o tipo abstrato e a consequência jurídica que regularão o caso concreto. Razões e contra-razões são elementos típicos de qualquer processo interpretativo; ponderação, contudo, que também se utiliza de razões e contra-razões, é procedimento de formação de uma regra que terá, em seu tipo abstrato e em sua consequência jurídica, elementos componentes dos princípios colidentes.

2. Do preceito da proporcionalidade

As restrições estatais que se operarem sobre direitos fundamentais devem ser adequadas e necessárias, devendo o sacrifício a ser sentido sobre o direito fundamental ser justificável à consecução de um fim constitucionalmente perseguido. Em outras palavras, os meios da atuação estatal e as razões da atuação estatal geradoras de restrição sobre um direito fundamental devem ser justificáveis. Fora desses parâmetros, a intervenção estatal sobre o direito fundamental encontra-se vedada de per se, de aí advindo, também, lesão à cláusula do Estado de Direito.(24) Se a restrição se der mediante o emprego de meios inidôneos ou desnecessários, ou se o fim almejado não justificar a restrição, havendo um desequilibrado sacrifício do direito fundamental, injurídica, porque arbitrária e excessiva, será a atuação estatal.

No presente artigo, dá-se o nome de preceito da proporcionalidade⁽²⁵⁾ a um conjunto de critérios (quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) empregado para a averiguação da constitucionalidade de restrições operadas sobre um direito fundamental em favor de outro direito fundamental⁽²⁶⁾ ou em favor de um bem coletivo constitucional,⁽²⁷⁾ quando veiculados por intermédio de normas de tipo princípio, pelo Estado.

Com efeito, do ponto de vista técnico-jurídico, o preceito da proporcionalidade é o meio destinado a superar eventual colisão existente entre normas de tipo princípio, vale dizer, destinado a estruturar a aplicação de princípios colidentes; perfaz um conjunto de critérios utilizado para a verificação de se determinada atuação/omissão estatal, que gerou restrição a determinado direito fundamental veiculado por intermédio de um princípio, não foi excessiva, arbitrária, desproporcional.⁽²⁸⁾

2.1. Adequação

Concernentemente ao subpreceito da adequação, o objeto de aferição dar-se-á, no que tange às possibilidades fáticas, sobre os meios escolhidos para a restrição ao princípio. Assim, na colisão entre os princípios "A" e "B", devem ser excluídos aqueles que sejam absolutamente inidôneos para o atingimento do fim almejado, já que geradores de restrições inúteis, daí desproporcionais, ao(s) princípio(s) colidente(s). Consoante leciona GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, que nomina o subpreceito da adequação como princípio da idoneidade, este *"constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten el éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito de aplicación"*.⁽²⁹⁾

O meio a ser empregado deve ter a previsibilidade de aptidão para a consecução do fim pretendido; a intensidade da restrição operada pelo meio empregado deve ser, tão-somente, aquela exigida pela finalidade almejada. Também o desvio de poder encontra foro de apreciação no subpreceito da adequação: os agentes estatais não podem obrar de forma a restringir um princípio com vistas a atingirem finalidades distintas daquelas autorizadas. Conforme, mais uma vez, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, nesses casos

"toda medida dirigida a la consecución de fines no previstos por la norma habilitadora de la injerencia ha de ser considerada inconstitucional, sean cuales sean los móviles, de carácter público o privado, del sujeto actuante, siempre que la ley no autorice la

restricción con la finalidad que efectivamente se trate de alcanzar".(30)

Não se trata, propriamente, de se fazer a eleição da única via possível. A opção, dentre diversas vias possíveis, encontra-se na esfera conformadora do legislador democraticamente eleito.(31) O subpreceito da adequação, em verdade, visa a excluir as vias que sejam objetivamente inidôneas para o fim constitucional perseguido.

2.2. Necessidade

O subpreceito da necessidade (também chamado de princípio da intervenção mínima)(32) exige, no que tange, também, às possibilidades fáticas, que não se ultrapasse, na restrição dos princípios em pauta, o estritamente necessário à consecução do fim almejado.(33) Consoante a advertência de Lord DIPLOCK, *"the principle of proportionality prohibits the use of a steam hammer to crack a nut if a nutcracker would do it"*.(34) Determina que se faça uma comparação dentre as medidas restritivas de forma a que se decida em favor daquela que opere a menor restrição. Segundo o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, o subpreceito da necessidade implica que *"cuando se trate de elegir entre más medidas apropiadas será necesario recurrir a la menos restrictiva"* (Sentença de 16.10.1991, caso C-24/90, Hauptzollamt Hamburg-Jonas vs. Werner Faust offene Handelsgesellschaft).

O subpreceito da necessidade propõe-se a apreciar, objetivamente, se se faz obrigatória uma restrição a direito fundamental, almejando que as intervenções estatais deixem o maior campo possível para o exercício do direito fundamental afetado. Nas palavras de GAVARA DE CARA,

"el principio de necesidad como medio menos perjudicial se dirige a examinar la decisión legislativa. Se observa la idoneidad de la medida para la realización de la finalidad perseguida y, posteriormente, se trata de determinar que otra medida igualmente adecuada es más benigna".(35)

Gerando os meios escolhidos, indiferentemente, a mesma intensidade de restrição sobre o direito fundamental, também devem-se levar em consideração os efeitos secundários prejudiciais que cada um dos meios restritores possíveis operará sobre outros direitos fundamentais, fazendo-se recair a escolha sobre aquele cujas conseqüências sejam, nesse contexto mais amplo, de menor intensidade.

2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

O subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, passa pela apreciação dos significados e das conseqüências jurídicas que deverão privilegiar a aplicação de um princípio em detrimento de outro. Encontra-se imbricado a uma situação concreta, vinculando-se sua aplicação a específicas restrições estatais operadas sobre específicos direitos fundamentais que tenham por desiderato a otimização, por sua vez, de outros direitos fundamentais ou de bens coletivos constitucionais. Nesse sentido, GAVARA DE CARA expõe que

“la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto puede ser entendida como contraposición ponderada de medidas legislativas y finalidades, lo que implica que deban ser observadas todas las circunstancias relevantes para el caso”.(36)

Vencidos os testes de adequação e de necessidade, o subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito é aplicado, tal como expõe GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO,

“con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad”.(37)

O subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito verifica a intensidade restritiva a que vai submetido o direito fundamental, tendo por consideração que, quanto maior seja a restrição, maior deverá ser a importância concreta do fim constitucional perseguido, valendo a seguinte norma exposta por ALEX Y:

“Quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro princípio.”(38)

Dessa maneira, quanto mais haja restrição sobre o direito fundamental, mais cuidadosamente devem ser demonstradas as razões justificadoras da restrição.

Para tanto, o proporcionalidade em sentido estrito vincula-se, necessariamente, a uma teoria da argumentação, que lhe agrega racionalidade na formação do enunciado de preferência (vale dizer, da regra de colisão, que perfaz o resultado da ponderação realizada, resolvendo o caso concreto). Nesse sentido, é fundamental a afirmação de ALEX Y no sentido de que

"ciertamente, la ley de ponderación en tanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser decididos definitivamente los casos. Pero, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional", (39)

sendo que

"a través de las ponderaciones de la jurisprudencia y las propuestas de ponderación de la ciencia de los derechos fundamentales a las que se ha prestado consentimiento, surge, con el transcurso del tiempo, una red de reglas concretas adscriptas a las distintas disposiciones de derecho fundamental y que representan una base importante y un objeto central de la dogmática". (40)

Os direitos fundamentais, porque se encontram veiculados, muitas vezes, por intermédio de princípios, apresentam ampla abertura semântica, motivo por que se trata, a ponderação, de um procedimento aberto.(41) Inexiste, no processo de ponderação, a possibilidade de se chegar a uma única resposta intersubjetivamente absoluta, já que é impossível a formulação de teorias morais materiais que a tanto cheguem.(42) Por isso, para a construção do conteúdo do direito, são necessárias teorias procedimentais, as quais têm como escopo o estabelecimento de regras e de condições a partir das quais se possa, por via da argumentação, aportar-se a uma decisão prática racional controlável.(43)

3. Algumas referências sobre a aplicação do preceito da proporcionalidade

Como critério para a delimitação e para a verificação da juridicidade das restrições sobre direitos fundamentais, o preceito da proporcionalidade tem desempenhado destacado papel, tendo sido largamente empregado em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

O preceito da proporcionalidade vem expresso na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, que, em seu artigo 52, 1, estabelece que:

"Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros."

A seu turno, a jurisprudência do TEDH tem derivado o preceito da proporcionalidade dos artigos 8º a 11 do Convênio Europeu dos Direitos Humanos, nos quais resta assegurado que os direitos neles veiculados apenas poderão sofrer as restrições que sejam necessárias em uma sociedade democrática (*"necessary in a democratic society"*). (44) Com efeito, em *Dudgen v. the UK*, o TEDH decidiu que:

"according to the Court's case-law, a restriction on a Convention right cannot be regarded as 'necessary in a democratic society' – two hall-marks of which are tolerance and broadmindedness – unless, amongst other things, it is proportionate to the legitimate aim pursued". (45)

Reiteradamente o TEDH tem submetido a resolução de casos ao preceito da proporcionalidade. Por exemplo, em *Chassagnou e outros v. França*, asseverou que:

"The Court therefore respects the judgment of the national legislature 'unless that judgment be manifestly without reasonable foundation', that is where there is no 'fair balance' between the general interest and the need to protect individual rights, i.e. where no reasonable relationship of proportionality exists between the means employed and the aim pursued". (46)

Também o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia tem reconhecido, reiteradamente, o preceito da proporcionalidade como norma limitativa às medidas comunitárias restritivas de direito (47) (v.g., na Sentença *Balkan-Import-Export*, de 24.10.1973, caso 5/73) (48), tendo o Tratado de Maastricht, no parágrafo 3o do artigo 3B, disciplinado que "nenhuma ação da Comunidade excederá o necessário para alcançar os objetivos do presente Tratado". No Tratado de Amsterdã, de 17 de junho de 1997, estabeleceu-se um Protocolo sobre a aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, cuja primeira disposição disciplina que "*al ejercer las competencias que le han sido conferidas, cada institución deberá garantizar... el respecto al principio de proporcionalidad, según el cual ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado*". Com efeito, na Sentença de 29.02.1996, caso C-296/93, o Tribunal afirmou que

"el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, requiere que los actos de las instituciones comunitarias no superen los límites de lo que es idóneo y necesario para la consecución de los fines legítimamente perseguidos por la normativa de que se trate, manteniendo que, aunque sea posible más de una opción entre las medidas apropiadas, debe recurrirse a la menos restrictiva y los inconvenientes causados no deben ser desproporcionados de los fines perseguidos". (49)

Na Alemanha, o preceito da proibição do excesso, berço moderno da proporcionalidade que com ela, muitas vezes, se confunde,(50) foi, inicialmente, integrado pelo direito administrativo prussiano, exurgindo seu estabelecimento da cláusula geral do poder de polícia, a qual disciplinava que o Estado deveria adotar apenas as medidas que se fizessem necessárias ao conseguimento do fim proposto, tendo, para tanto, o Tribunal Administrativo Superior da Prússia assumido sua aplicação.

Com efeito, o preceito da proibição do excesso, que decorria, também, da construção teórica do conceito de Rechtsstaat (Estado de Direito), cuja gênese emanava ao começo do Século XIX, tornou-se, pelo desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário alemão, parte integrante de todo o direito administrativo. Na década de 1950, consoante faz referência KLUTH, o preceito passou a ser entendido como apresentando índole constitucional (trabalhos de Herbert Krüger, Rupprecht von Krauss, Peter Lercher, Günter Dürig),(51) tendo o Tribunal Federal Constitucional, na década seguinte(52) firmado seu entendimento no sentido de que

"en la República Federal de Alemania goza el principio de proporcionalidad de rango constitucional. Tal principio se deriva del Estado de Derecho y se encuentra en la propia esencia de los derechos fundamentales, los cuales, como expresión del derecho de libertad general del ciudadano frente al Estado, sólo pueden ser restringidos para la protección de intereses públicos (BVerfGE, S. 342, 348 f.)".

reiterando, ainda, que

"... la limitación del derecho fundamental ... debe ser idónea para la protección eficaz del bien jurídico. Esa limitación debe ser además necesaria, lo que no sucederá cuando existan alternativas de actuación más suaves. Finalmente, la limitación debe ser proporcionada en sentido estricto, lo que significa que se encuentre en una relación razonable con la importancia y el significado del derecho fundamental (BVerfGE 67, 157 (173))".

Na Espanha, o Tribunal Constitucional, seguindo, inicialmente, os passos do TEDH e, após, tendendo a aplicá-lo na forma como construído na Alemanha, tem reconhecido o preceito da proporcionalidade em sua jurisprudência, que, nas últimas duas décadas, tem-se desenvolvido largamente.(53) A título exemplificativo, na STC 207/1996, de 16.12.1996, verdadeiro leading case, o Tribunal Constitucional Espanhol teve a oportunidade de asseverar que

“según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: ‘si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)’”.(54)

Em Portugal, o artigo 18, 2, da Constituição, disciplina que

“2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

Com base nesse dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já teve a oportunidade de decidir que

“os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados, pois que a própria Constituição admite a sua restrição, como decorre do preceituado nos ns. 2 e 3 do artigo 18. Posto é que tais restrições visem salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, não diminuam a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais e respeitem o princípio da proporcionalidade ou da proibição da escusa na sua tripla vertente: – a da adequação (é necessário que a restrição seja apropriada à prossecução dos fins invocados pela lei); – a da necessidade (são de evitar as restrições não necessárias à obtenção dos fins de protecção visados pela norma legal, pelo que lhe só serão exigíveis ou necessários quando não é possível escolher outros menos coactivos); – e a da proporcionalidade em sentido estrito (as restrições não devem ser excessivas, mas sim na justa medida, em confronto com os fins prosseguidos (Processo nº 95/96, data do acórdão 11.03.97)”).(55)

Exemplificativamente, transcreve-se, ainda, a seguinte ementa:

“1 - Nos termos do artigo 18 n. 2 da Constituição da República Portuguesa e 193 do Código de Processo Penal(56), a restrição legítima de direitos, liberdades e garantias deve observar o princípio da proporcionalidade que engloba os princípios da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, significando esta que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa ‘justa medida’, impedindo-se a adopção de medidas restritivas desproporcionadas ou excessivas em relação aos fins obtidos (...) (Data do acórdão 27.02.91, recurso nº 569/89)”.(57)

Interessante é a Constituição da República da África do Sul, de 1996, que positivou o preceito da proporcionalidade, de maneira exaustiva, nos seguintes termos:

Section 36 Limitation of rights

(1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including –

(a) the nature of the right;

(b) the importance of the purpose of the limitation;

(c) the nature and extent of the limitation;

(d) the relation between the limitation and its purpose; and

(e) less restrictive means to achieve the purpose

(2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights.(58)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, embora não venha aplicando, de maneira reiterada, em todos os seus termos, o preceito da proporcionalidade, já teve a oportunidade de se alinhar com o entendimento defendido pelo Tribunal Constitucional Alemão e pelo Tribunal Constitucional Espanhol, conforme se observa no Habeas Corpus 82.969-4, oportunidade na qual a 2ª Turma seguiu o voto do Relator, Min. Gilmar Ferreira Mendes, que assentou:

“Lembre-se que o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido

substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de ALEXY, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio ALEXY. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito... há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)."

As referências ao preceito da proporcionalidade, mesmo que não aplicado na exata conformação acima exposta, de toda forma, observam-se com certa constância na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, tal como se colhe, também, do seguinte precedente da 1ª Turma daquele Tribunal:

"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 substantivaria." (HC 76.060-4/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, data da decisão 31.03.1998)(59)

CONCLUSÃO

Estruturalmente, as normas jurídicas podem-se dividir entre regras e princípios. O preceito da proporcionalidade, composto dos subpreceitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, dá conta da colisão entre normas de tipo princípio,

que veiculam direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais, colhendo larga aplicação em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

O mero apelo à proporcionalidade não se constitui em fator de per se suficiente para a resolução de casos concretos. É pela argumentação, atendidas as regras do discurso, nos casos de colisões entre princípios, em meio ao preceito da proporcionalidade, que será possível aportarem-se soluções para casos concretos.

Por isso, é preciso ter em mente que a proporcionalidade, além de meio para o controle de restrições estatais a direitos fundamentais, consubstancia meio para o controle da própria argumentação, diminuindo os espaços para o uso da retórica.

Ademais, a proporcionalidade não traz consigo qualquer garantia de atingimento a soluções intersubjetivamente absolutas, jamais sendo este seu objetivo. Antes disso, a proporcionalidade visa a estruturar um procedimento para solução de conflitos entre espécies normativas de tipo princípio, carecendo do emprego de argumentos e de teorias da argumentação que disciplinem o discurso.

Notas:

01. Ver, nesse sentido, o Capítulo II da obra de ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 47 e ss.

02. Segundo expõe ALEXY: *“toda norma puede ser expresada a través de un enunciado normativo. Como se ha mostrado, hay diferentes formas de expresar una norma. Es conveniente destacar una de entre las diversas formas de expresar una norma. Esta forma de expresar una norma que hay que destacar se da, por ejemplo, cuando la norma según la cual está prohibido extraditar alemanes al extranjero es expresada a través de enunciados tales como ‘Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero’ (1), ‘Está prohibido extraditar alemanes al extranjero’ (1) o ‘Los alemanes no deben ser extraditados al extranjero’ (1’). Enunciados de este tipo están caracterizados porque en ellos se utilizan expresiones deónticas como ‘puede’, ‘prohibido’ y ‘deben’. Por ello, serán llamados ‘enunciados deónticos’. Una expresión deóntica es también la expresión ‘tiene un derecho a ...’. Giros tales como ‘tiene un derecho a ...’ expresan, como habrá de exponerse más adelante, modalidades deónticas complejas. Por ello, el enunciado normativo, ‘Todos los alemanes tienen el derecho a constituir asociaciones y sociedades’ (artículo 9 párrafo 1 LF) es también un enunciado deóntico. En cambio, no son enunciados deónticos enunciados imperativos tales como ‘Jamás será extraditado un alemán al extranjero!’ o enunciados indicativos sin*

expresiones deónticas como 'Los alemanes no serán extraditados al extranjero' (1''). Cuando tales enunciados expresan normas, pueden ser transformados en enunciados deónticos que expresan la misma norma. No todo enunciado normativo es un enunciado deóntico, pero todo enunciado normativo puede ser transformado en un enunciado deóntico. Esto tiene una importancia que no debe ser subestimada porque pueden formarse formas standard de enunciados deónticos que permiten reconocer la estructura de las normas que ellos expresan. Las formas standard de los enunciados deónticos son la última grada antes de la presentación de la estructura lógica de las normas en un lenguaje formalizado". (Teoría de los derechos..., p. 53-54)

03. O conceito semântico de norma é estritamente formal, não se lhe incluindo quaisquer argumentos valorativos, empíricos. Na linha do que expressa ALEXY, "también razones de Estado de derecho no sólo permiten sino que imponen una distinción estricta entre el concepto de norma y el de lo normativamente relevante. Ciertamente es muy tentador incluir en la norma todos los argumentos – o, al menos, los decisivos – de una interpretación, pues así ésta puede ser presentada como expresión de una vinculación normativa estricta. Pero, con ello, poco es lo que se gana. Para el ideal del Estado de derecho ha de ser más útil una clara separación entre aquello que un legislador ha impuesto como norma y aquello que un intérprete presenta como razones para una determinada interpretación, que una fidelidad a la ley creada a través de una definición del concepto de norma". (Teoría de los derechos..., p. 78)

04. Tal como exposto por ALEXY, "otro punto fuerte del concepto semántico de norma reside en el hecho de que no sólo es conciliable con teorías de la validez del más diferente tipo, sino que también es presupuesto por ellas. Por teoría de la validez habrá de entenderse una teoría que proporciona criterios para saber cuándo una norma es válida. La estructura formal del núcleo de las diferentes teorías de la validez puede ser presentada simplificada de la siguiente manera: Si una norma N satisface los criterios C1..., Cn, entonces N es válida. Según el tipo y los criterios, pueden distinguirse diferentes tipos de teorías de la validez... Lo único que cabe señalar es que el concepto semántico de norma no presupone ninguna de estas teorías ni tampoco las excluye; pero, cada una de ellas, para poder decir que algo es válido tiene que contar con algo de lo cual pueda predicarse esto y, para ello, lo más adecuado es la norma en el sentido del concepto semántico de norma". (Teoría de los derechos..., p. 57-59)

05. As normas ora formuladas encontram-se estruturadas como regras, cujas características logo a seguir serão trabalhadas.

06. No presente trabalho, no que tange à apreciação das espécies normativas princípios e regras, adota-se a construção teórica apresentada por ALEXY na referida obra Teoría de los Derechos Fundamentales.

07. El concepto y la validez del derecho. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997. p. 162.

08. Tendo o presente artigo como objeto a interpretação de normas constitucionais, segue-se a compreensão apresentada por Konrad HESSE no sentido de que a atividade interpretativa é uma atividade de concretização constitucional, in verbis: “Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da ‘realidade’ a ser ordenada... Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação... Concretização pressupõe ‘entendimento’ do conteúdo da norma a ser concretizada. Esse não se deixa desatar da ‘pré-compreensão’ do intérprete e do problema concreto a ser resolvido.” (HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61, números de margem 60 e 61)

09. É verdade que determinada regra, porque pode ter sido o resultado de uma ponderação entre princípios colidentes em face de circunstâncias específicas, pode ter de sofrer, para sua interpretação, um processo de reconstrução, indo-se até o princípio preponderante com vistas a sua devida compreensão. Não se estaria, nem mesmo nesse caso, a considerar-se a regra como uma razão prima facie, mas, sim, a recorrer-se ao princípio preponderante do qual derivou a regra para se descortinar, exatamente, o campo de regulação da regra. Em outras palavras, devem-se perquirir as razões que amparam a regra, buscando-se descortinar o fim a que esta visa proteger, trazendo, pela fundamentação, as razões substanciais que afastam, ou não, a sua incidência.

10. Teoría de los derechos..., p. 86.

11. Mais adiante, ao ser exposto o preceito da proporcionalidade, que cuida da colisão entre normas de tipo princípio, demonstrar-se-á que os subpreceitos da adequação e da necessidade cuidam da apreciação das questões fáticas enfrentadas; o subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito, das questões jurídicas, vale dizer, da ponderação propriamente dita.

12. Com relação ao conceito de dimension of weight (dimensão de peso), ver o Capítulo 2 do livro de Ronald DWORKIN. Los derechos en

serio. Tradução de Marta Guastavino. 4ª reimpressão. Barcelona: Ariel, 1999.

13. Teoría de los derechos..., p. 92.

14. Teoría de los derechos..., p. 94.

15. Teoría de los derechos..., p. 94.

16. Conforme bem assinala ALEXY, há uma relação de precisão entre a norma adscrita, que também pode ser denominada "associada", e a norma primariamente decorrente do enunciado normativo constitucional, agregando-se, ainda, *"una segunda relación especial con el texto de la Constitución, es decir, con la norma directamente expresada por él... Se trata, pues, de una relación de fundamentación entre la norma que hay que precisar y la norma precisante. Estas dos relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental no sólo las normas que son expresadas directamente a través de enunciados de la Constitución, sino también las normas de tipo presentado". Assim sendo, as normas de direito fundamental podem ser divididas em dois grupos: aquelas que são estatuídas diretamente da Constituição e aquelas que destas últimas são adscritas. Acerca da validade das normas diretamente estatuídas e das normas adscritas, o referido autor expõe que "para catalogar como válida a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, basta la referencia a su positivización. En el caso de las normas adscriptas, tal referencia está excluida por definición... por lo tanto, no es posible su identificación dentro del marco del concepto jurídico de validez. Lo mismo vale para los conceptos sociológicos y éticos de validez. El que una norma valga social o éticamente no significa que, conforme a derecho, pueda ser adscripta a una norma de derecho fundamental estatuida directamente. Ninguno de los tres conceptos de validez es, pues, adecuado para la identificación de normas adscriptas de derecho fundamental. Pero los tres son relevantes dentro del marco del siguiente criterio: una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta". (Teoría de los derechos..., p. 69-71)*

17. Teoría de los derechos..., p. 97.

18. Nas palavras de ALEXY, *"como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscrita con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso". (Teoría de los derechos..., p. 100)*

19. A “lei de colisão” tem de estar abarcada no direito fundamental, pelo que o suporte fático (tipo abstrato) dos direitos fundamentais é amplo, nele se incluindo todas as posições jurídicas *prima facie*. ALEXY afirma, analisando a expansão do âmbito protetivo desta teoria, que: *“la teoría amplia del supuesto de hecho conduce a un modelo dos ámbitos. El primero es el de los casos potenciales de derecho fundamental; el segundo, el de los casos actuales de derecho fundamental. Cada vez que sea relevante un principio iusfundamental, el caso es – sin que importe con qué certeza el principio sea desplazado por principios opuestos –, por lo menos, un caso potencial de derecho fundamental... el ámbito de los meros casos potenciales de derecho fundamental constituye el sustrato del ámbito propiamente dicho de los problemas iusfundamentales y del argumentar iusfundamental, es decir, del ámbito de los casos actuales de derecho fundamental. Este ámbito, en el que hay que incluir todo lo dudoso y discutible, se base en aquél en que cae la masa de lo no dudoso y lo consensuado. Lo más importante en el modelo de dos ámbitos es el hecho de que la pertenencia a uno u otro ámbito no es algo que este determinado de una vez para siempre... la posibilidad de este paso de la frontera ha de mantenerse abierta en ambas direcciones. No debe impedirse, a través de una concepción estrecha del supuesto de hecho, que algún caso pueda transformarse en un caso actual de derecho fundamental”.* (Teoría de los derechos..., p. 317-318)

No suporte fático da norma devem ser englobadas todas as posições jurídicas *prima facie*, que, em face de outros princípios constitucionais (veiculadores de direitos fundamentais ou de bens coletivos constitucionais), podem ceder, ou não, em face do desenvolvimento de uma relação de precedência condicionada. Tais posições *jurídicas prima facie*, para que assim possam ser consideradas, necessitam ser adscritas, mediante o desenvolvimento da argumentação, do princípio referido. Daí a própria riqueza da exposição do suporte fático englobante, in casu, de todas as posições jurídicas *prima facie* adscritíveis do princípio em voga: toda e qualquer restrição a direito fundamental deve ser justificável, sujeitando-se a, para que seja aceitável, passar pelo critério do preceito da proporcionalidade. Mesmo os casos potenciais de direito fundamental à liberdade de locomoção, em face de alterações nos quadrantes valorativos de uma sociedade, podem passar a ser objeto de discussão na seara pública, também devendo, em face da argumentação, ficarem expostos ao preceito da proporcionalidade. O conceito de suporte fático, enquanto conceito oposto ao de restrição, portanto, tem a tarefa de resumir totalmente os pressupostos materiais para a consequência jurídica *prima facie*.

20. Teoría de los derechos..., p. 103.

21. Se, por decorrência de uma relação de precedência condicionada, de determinado princípio formula-se uma regra, esse procedimento de precisão nada altera a diferenciação entre regras e princípios. Sem dúvida, a então regra formulada, em si resultado de um processo de ponderação, porque derivada de um princípio, dele perfaz uma norma adscrita. Aliás, um princípio, para ser aplicado, deve resultar em uma regra para o caso concreto.

22. No que concerne à compreensão acerca de como se operam as restrições sobre os direitos fundamentais, segundo expõe ALEXY, duas vertentes teóricas genéricas são concebidas: aquelas que defendem teorias externas; e aquelas que defendem teorias internas. Para as teorias externas, o direito, em si, primeiro, não está restringido, circunstância que a posteriori vem a acontecer a partir de uma necessidade externa no sentido de compatibilizar o direito com outros direitos e bens coletivos. Para as teorias internas, direito e restrição são a mesma coisa, apresentando, ele (o direito), um específico e determinado conteúdo, substituindo-se o conceito de restrição pelo de limite. O modelo da teoria dos princípios, em cujo arcabouço encontram-se posições *prima facie*, nesse contexto, perfaz uma teoria externa no que tange à compreensão do funcionamento das restrições sobre direitos fundamentais. Por isso, as restrições consubstanciam, para tal teoria, posições *prima facie* concedidas por princípios constitucionais outros. Em outras palavras, as restrições a direitos fundamentais são normas constitucionais que restringem posições *jusfundamentais prima facie*. (Teoría de los derechos..., p. 272)

23. Aliás, disso se observa que a atividade levada a efeito pelo Poder Legislativo submete-se ao preceito da proporcionalidade, que, na conformação da legislação infraconstitucional, dentro de sua competência de configuração geral, pondera princípios na construção da legislação.

24. Acerca da evolução do conceito de Estado de Direito, ver NOVAES, Jorge Reis, Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito, Coimbra: Separata do volume XXIX do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

25. Utiliza-se a expressão preceito da proporcionalidade em vez de princípio da proporcionalidade. Isso porque a proporcionalidade, como será visto com mais detalhes, não é uma norma de tipo princípio, constituindo-se, em verdade, em um critério que estrutura a aplicação das espécies normativas de tipo princípio; com efeito, não há violação à proporcionalidade de per si: uma ação estatal apenas recebe tal predicado se gerar uma restrição desproporcional a um direito fundamental veiculado por intermédio de um princípio. Assim,

a violação, se ocorrente, operou-se contra um direito fundamental veiculado por intermédio de princípio, constituindo-se o preceito da proporcionalidade em um procedimento que constata a ocorrência da lesão a um princípio, o qual perfaz o parâmetro para aferição da antijuridicidade do comportamento estatal.

26. Reserva-se o termo direito fundamental às diversas posições jurídicas básicas a que alguém pode ser colocado em face de uma norma de direito fundamental (trata-se de uma abordagem estrutural dos direitos fundamentais, adotando-se aquela apresentada por ALEXY no Título 3.1 do Capítulo 4 da obra *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 177 e ss.). Seguindo o exposto por ALEXY (*Teoría de los derechos...*, p. 186.), as posições jurídicas básicas poderiam ser assim sintetizadas: 1) direitos a algo; 2) liberdades; 3) competências.

Se, quando da apreciação dos princípios enquanto normas que determinam que aquilo que enunciam seja realizado na maior medida possível, respeitadas as possibilidades fáticas e jurídicas, observava-se a estrutura e a natureza *prima facie* de seus conteúdos, e se, quando da apreciação das regras, observavam-se os mandados definitivos que enunciavam, ao se analisarem as posições jurídicas observar-se-ão as situações em que determinada pessoa (o titular do direito) é colocada em face do princípio de direito fundamental ou em face da regra de direito fundamental.

Esclarece-se que são tidas como norma de direito fundamental aquelas constantes nos enunciados normativos do Título II da Constituição que confirmam alguma das seguintes posições jurídicas: posições jurídicas abaixo expostas. Trata-se de critério exclusivamente formal, que tem como parâmetro a positivação constitucional que considera como “direitos e garantias fundamentais” aqueles constantes no Título II da CF. De todo modo, não se descarta da existência de direitos fundamentais para além daqueles albergados no referido Título II, hipótese que se dá quando da incidência do disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da CF (“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”).

27. À diferença de um direito fundamental, os bens coletivos são fática ou juridicamente não-distributivos. Nas palavras de ALEXY:

“Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fática o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-

distributivos.” (Concepto e validez del derecho, El Concepto y la Validez del Derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, p. 187) Os bens coletivos, assim como os direitos fundamentais, são juridicamente vinculantes, sendo veiculados por intermédio de princípios e de regras. Quando veiculados por intermédio de princípios, os bens coletivos encontram-se ordenados *prima facie*, sujeitando-se ao preceito da proporcionalidade na eventual colisão que venham a ter com outros princípios, tais como aqueles que veiculam direitos fundamentais. Quando veiculados por intermédio de regras, estabelecem mandados, proibições e permissões definitivos.

Adotando-se o conceito exposto por ALEXY:

“X es para el sistema jurídico S un bien colectivo si X es no-distributivo y la creación o conservación de X está ordenada prima facie o definitivamente por S.” (Concepto..., p. 188)

Na colisão ocorrente entre direitos fundamentais e bens coletivos constitucionais, deve-se estabelecer, por sua vez, uma relação de precedência *prima facie* em favor do direito fundamental, que, de toda forma,

“no excluye el desplazamiento de derechos individuales por parte de bienes colectivos. Exige simplemente que para la solución requerida por los bienes colectivos existan razones más fuertes para que la requerida por los derechos individuales”. (ALEXY, Concepto..., p. 208)

28. Para que não tenha tais predicados negativos, primeiramente, a ação/omissão estatal deve-se fundar em uma norma de índole constitucional, vale dizer, o direito fundamental/bem coletivo em favor de que se dá a restrição deve ter status constitucional. Do contrário, a restrição, independentemente de se aferir a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, seria de per si inconstitucional: o direito fundamental, em face de sua normatividade constitucional, apenas pode ser restringido por direitos e por bens coletivos que se encontrem albergados, também, em normas de nível constitucional.

29. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidad en el proceso penal. Madrid: Editorial Colex, 1990. p. 199.

30. El principio de proporcionalidad..., p. 204.

31. Artigo 1º, parágrafo único, da CF.

32. Ver, nesse sentido, BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 734.

33. As possibilidades fáticas, no que tange aos subpreceitos da adequação e da necessidade, podem ingressar no campo próprio das possibilidades jurídicas. Isso acontece, por exemplo, na colisão entre os princípios "A" e "B" quando inexisterem meios a serem empregados que permitam o atingimento mútuo dos fins dos princípios em pauta; logo quando o meio M1 privilegia o princípio "A", sendo incompatível com o princípio "B" e o meio M2, por sua vez, privilegia o princípio "B", sendo incompatível com o princípio "A". Nesse caso, em que pese se centre a discussão sobre os meios a serem empregados nas restrições dos princípios "A" e "B", tal discussão passa à órbita do subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que se tornou inviável, com base em critérios exclusivos sobre as possibilidades fáticas, a escolha do meio a ser utilizado. Da mesma forma, quando, no que tange ao subpreceito da necessidade, que se funda em critérios atinentes às possibilidades fáticas, inexistente meio, ou condições, de se aferir aquilo que não ultrapasse o estritamente necessário à restrição dos princípios em pauta, volve-se para o preceito da proporcionalidade em sentido estrito.

34. Citado por Diana-Urania Galeta, El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario, Cuadernos de Derecho Público, 5 (El Principio de Proporcionalidad), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998, p. 84. Tradução livre: "o princípio da proporcionalidade proíbe o uso de um martelo a vapor para quebrar uma noz quando um quebrador de nozes faria isso".

35. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo – la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 305.

36. Derechos fundamentales..., p. 311.

37. El principio de proporcionalidad..., p. 208.

38. Teoría de los derechos..., p. 161.

39. Teoría de los derechos..., p. 167.

40. Teoría de los derechos..., p. 168.

41. Como observa HESSE, o conteúdo da Constituição deve ficar "aberto para dentro de tempo" (HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha Tradução de Luís

Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 40). Consoante expõe tal autor: “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade” (A Força Normativa da Constituição, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.). Todavia: “A constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser e dever ser” (A Força Normativa..., p. 24). Não se pode, assim, afastar norma e realidade, uma vez que a “norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade” (A Força Normativa..., p. 14), sendo que a “pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas”, devendo ser “contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais” (A Força Normativa..., p. 13). Assim, a interpretação constitucional mantém o texto constitucional e a vida por tal texto regrada em constante relação de aperfeiçoamento e de atualização, situação que, ao final, vem a fortalecer o efeito estabilizador da Constituição, desenvolvendo-se a força normativa da Constituição e a capacidade desta de assegurar uma práxis institucional em que os conflitos sejam administrados e resolvidos.

42. Por isso, ALEXY assevera que: *“puede decirse que no es posible una teoría material de los derechos fundamentales que establezca con carácter obligatorio la solución de cada caso de derecho fundamental. Por ello, no hay que esperar demasiado de una teoría material de los derechos fundamentales. Lo único que puede exigirse de ella es que estructure la argumentación iusfundamental de una manera materialmente aceptable en la mayor medida posible”*. (Teoría de los derechos..., p. 552)

43. No livro *Teoría de la argumentación jurídica*, ALEXY leciona que: *“los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico, como se mostrará, puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente”*. (Teoría de la Argumentación Jurídica – *la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 177)

44. Acerca da aplicação do preceito da proporcionalidade no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por todos ver FASSBENDER, Bardo, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos de Derecho Público, 5 (El Principio de Proporcionalidad). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

45. Tradução livre: “de acordo com os precedentes da Corte, uma restrição a um direito previsto na Convenção não pode ser considerada ‘necessária em uma sociedade democrática’ – que tem como duas características típicas a tolerância e a consideração a diferentes formas de ver o mundo – a não ser, entre outras coisas, que ela (a restrição) seja proporcional à persecução de uma meta legítima”. Precedente citado por FASSBENDER, El principio de proporcionalidad..., p. 56.

46. Tradução livre: “A Corte por esta razão respeita a decisão da legislação nacional ‘a não ser que essa decisão seja manifestamente sem fundamento razoável’, que se dá quando não há ‘adequada ponderação’ entre o interesse geral e a proteção dos direitos individuais, em outras palavras, quando nenhuma razoável relação de proporcionalidade existe entre os meios empregados e o fim perseguido”. Precedente colhido do sítio www.echr.coe.int, acessado em 29.07.2005.

47. Acerca da aplicação do preceito da proporcionalidade no Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, por todos ver GALETA, Diana-Urania. El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario, Cuadernos de Derecho Público, 5 (El Principio de Proporcionalidad), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

48. Citado por GALETA, El principio de proporcionalidad..., p. 84.

49. Citado por GALETA, El principio de proporcionalidad..., p. 79.

50. *É importante advertir, consoante KLUTH, que: “el Tribunal Constitucional y buena parte de la doctrina aluden normalmente al ‘principio de prohibición de exceso’ [...] y muy raramente ‘al principio de proporcionalidad’ [...]. Ello es debido a que generalizadamente se entiende que ‘el principio de la prohibición de exceso’ tiene un contenido más amplio, el que formaría parte el ‘principio de proporcionalidad’. En ocasiones, para aclarar el sentido de la expresión, se habla también de ‘principio de proporcionalidad en sentido amplio’ para aludir al principio de ‘prohibición de exceso’, y de ‘proporcionalidad en sentido estricto’, cuando se alude al principio de ponderación”. (KLUTH, Winfried. Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán. Cuadernos de Derecho Público,*

5 (*El Principio de Proporcionalidad*), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998, nota 1, p. 219)

51. Prohibición de exceso..., p. 221 e ss.

52. Acerca dessa evolução, BARNES anotou que: “El nuevo Estado liberal asume como función básica la conservación de la paz y de la seguridad interna y externa, como instrumentos garantes del bienestar de sus ciudadanos. En este contexto, la jurisprudencia contribuiría a la creación de un Derecho Administrativo llamado a disciplinar en clave jurídica la intervención pública – protagonizada por la policía administrativa. Ya en época temprana, ejercerían los tribunales un decidido control sobre la adecuación de los medios a la finalidad perseguida por la Administración en el ámbito de la actividad de policía, revisando si las medidas adoptadas excedían de lo estrictamente necesario, esto es, de lo que el propio fin demandaba. El Tribunal Administrativo Superior de Prusia, el más importante de la época en materia contencioso-administrativa en el mundo germánico, asumiría un claro liderazgo en la dirección apuntada. El principio de proporcionalidad, entendido en su origen como principio de necesidad de la intervención o del medio más moderado posible, fue acreciendo con el correr del tiempo de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina alemanas, y abriéndose paso en medio de una notable confusión terminológica, hasta cobrar su sentido actual. Ejerce, desde luego, una evidente fascinación como técnica de limitación del poder. Y para el TCF alemán, posee un notable valor simbólico, por cuanto sintetiza la concepción básica que la Constitución encierra, tanto en lo que hace a la posición del individuo – ciudadano, y no súbdito – en la sociedad, como en punto a la función de los poderes públicos en el ámbito de los derechos.” (BARNES, Javier. *El Principio de Proporcionalidad. Estudio Preliminar. Cuadernos de Derecho Público*, 5 (*El Principio de Proporcionalidad*), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998, p. 24)

53. Nessa linha, dá conta BEILFUSS que: “Durante los primeros años de jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad fue empleado de manera espontánea y poco formalizada. Influidos por su naturaleza de principio general del Derecho y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional fue extendiendo su utilización a prácticamente todos los derechos fundamentales, sin que ello fuese acompañado de una concepción jurisprudencial clara sobre tal principio. Ello se tradujo, entre otros aspectos, en una utilización poco diferenciada respecto de otros principios como el de razonabilidad, en una jurisprudencia errática en torno a su fundamento constitucional, en algunas dudas respecto a su relación con las demás piezas del régimen jurídico de los derechos fundamentales y, sobre todo, en la ausencia de unos criterios claros respecto a su concreto contenido normativo. Aunque todo ello no

implicó una densidad de control elevada, la utilización jurisprudencial del principio de proporcionalidad durante estos primeros años hizo del mismo un criterio tan conocido como imprevisible. Seguramente consciente de esto hecho, a partir de finales de la década de los ochenta se inicia un progresivo proceso de formalización del principio de proporcionalidad, cuya última fase es la utilización del teste alemán de proporcionalidad desde mediados de la década de los noventa. Aunque este proceso no es lineal ni está exento de contradicciones, la utilización de este teste y de sus tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto representa un salto cualitativo de gran importancia en el proceso de clarificación del principio de proporcionalidad. No sólo porque sienta las bases para una utilización más ordenada de este principio, sino sobre todo porque constituye un buen punto de partida para su depuración dogmática y, consecuentemente, para superar los problemas planteados hasta ahora en la práctica." (BEILFUSS, Markus González. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Barcelona: Ed. Aranzadi, 2003. p. 147-148)

54. Precedente colhido do sítio www.tribunalconstitucional.es, acessado em 29.07.2005.

55. Precedente colhido do sítio www.stj.pt, acessado em 29.07.2005.

56. O artigo 193 do CPP Português, por sua vez, expressa que: "

Princípio de adequação e proporcionalidade

1- As medidas de coacção e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

2- A prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção.

3 - A execução das medidas de coacção e de garantia patrimonial não deve prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requerer."

57. Precedente colhido do sítio www.stj.pt, acessado em 29.07.2005.

58. Tradução livre: "Seção 36 – Limitação de direitos.

(1) Os direitos constantes na Carta de Direitos apenas podem ser limitados, em termos de normas gerais de aplicação, na medida em que a limitação seja razoável e justificável em uma sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade, devendo-se levar em consideração, para tanto, todos fatores relevantes, incluindo:

(a) a natureza do direito;

- (b) a importância do propósito da limitação;
- (c) a natureza e a extensão da limitação;
- (d) a relação entre a limitação e o seu propósito; e
- (e) a existência de medidas menos restritivas hábeis para alcançar o propósito

(2) Exceto como previsto na subseção (1) ou em qualquer outra previsão da Constituição, nenhuma norma pode limitar qualquer direito fixado na Carta de Direitos.”

59. Nesse precedente, uma pessoa almejava, em uma demanda cível, ver-se declarado pai de uma criança que fora gerada na constância do casamento de um terceiro, que, assim, teria a favor de si a presunção legal da paternidade. Havia sido deferido pelas instâncias inferiores pedido de prova no sentido de submeter o terceiro à realização de teste hematológico com vistas a “constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular”. Reconhecendo a inadequação do pedido de prova para o fim que pretendia atingir, o relator do acórdão assentou que: “A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sangüíneos 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”.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

_____. Teoría de la Argumentación Jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARNES, Javier. El Principio de Proporcionalidad. Estudio Preliminar. Cuadernos de Derecho Público, 5 (El Principio de Proporcionalidad).

Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

BEILFUSS, Markus González. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Barcelona: Ed. Aranzadi, 2003. p. 147-148.

BERNAL PULIDO, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

DWORKIN, Ronald. Los Derechos en serio. Tradução de Marta Guastavino. 4ª reimpressão. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

FASSBENDER, Bardo. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos de Derecho Público, 5 (El Principio de Proporcionalidad). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

GALETA, Diana-Urania. El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario. Cuadernos de Derecho Público, 5 (El Principio de Proporcionalidad), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo – la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. El principio de proporcionalidad en el proceso penal. Madrid: Editorial Colex, 1990.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HECK, Luís Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

KLUTH, Winfried. Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán. Cuadernos de Derecho Público,

5 (El Principio de Proporcionalidad). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, sep-dic, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Separata do volume XXIX do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.