

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PARÂMETRO DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

### THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE AS A JUDICIAL CONTROL PARAMETER FOR CONSTITUTIONALITY

Alba Paulo de Azevedo <sup>□</sup>

Maria dos Remédios Fontes Silva <sup>□</sup>

#### RESUMO

O presente artigo traça uma abordagem acerca do princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle judicial de constitucionalidade a partir da concepção originalmente desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Enfoca sua recepção no Brasil sob decisiva influência de Portugal. Adentra no problema da necessidade ou não de ainda se distinguir proporcionalidade de razoabilidade. Realça os elementos constitutivos da proporcionalidade. Mostra referido princípio enquanto solução na colisão de direitos fundamentais. Enfrenta a questão da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive como instrumento de mera retórica legitimadora ao invés de autêntica ferramenta decisória.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS FUNDAMENTAIS. COLISÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE.

#### ABSTRACT

This article provides an analysis on the principle of proportionality as a parameter of judicial control of constitutionality from the design originally developed by the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. It focuses its reception in Brazil under the decisive influence of Portugal. It approaches on the problem of whether it is important or not distinguishing proportionality and reasonableness. The article emphasizes the elements of

---

\* Juíza de Direito no Rio Grande do Norte, graduada em Direito pela UFRN, especialista em Direito Constitucional pela UNP, mestranda em Direito pela UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN e da Faculdade de Natal - FAL.

\* Doutora em Direitos Humanos pela Université Catholique de LYON – França. Pós-Doutorado pela Université Lumière LYON II – France. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

proportionality and shows that principle as a solution in the collision of fundamental rights. It also faces the question of proportionality in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, including as a mean of legitimizing rhetoric instead of real decision-making tool.

**KEY WORDS:** FUNDAMENTAL RIGHTS. COLLISION. PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY. JUDICIAL CONTROL OF CONSTITUTIONALITY.

## **1 A PROPORCIONALIDADE E A DOGMÁTICA ALEMÃ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Em que pese não estar expressamente previsto no texto constitucional, o princípio da proporcionalidade vem sendo cada vez mais utilizado pelos tribunais brasileiros, por defluir de vários outros princípios, mormente do regime constitucional de direitos fundamentais (art. 5º, §2º, CF), e ter vasto campo de aplicabilidade pelo intérprete, sendo o seu manuseio, por vezes, verdadeiro imperativo enquanto parâmetro de controle judicial de constitucionalidade.

Os trabalhos científicos produzidos pela doutrina brasileira nos últimos anos versando sobre o tema da proporcionalidade não são poucos, o que demonstra a importância de perquirir-se o seu sentido e amplitude, com o intuito de extrair-se dessa depuração a melhor interpretação para sua máxima efetividade em casos concretos submetidos ao crivo do Judiciário, notadamente pelo fato de não ser a aplicação da lei um ato mecânico, dado que mediado por todo um processo de valoração para se alcançar não somente a solução de uma lide e sim a solução mais justa.

Não se olvide aqui da lei arbitrária, igualmente objeto de reiterados estudos, a qual, a despeito de reunir todos os elementos formais, fere a consciência jurídica, conforme esclareceu San Tiago Dantas. A carência de requisitos substanciais em diplomas dessa natureza, como ocorre geralmente nas chamadas leis especiais, reclama do Poder Judiciário o controle dos atos administrativos, seja anulando-os se contrários à lei em vigor, seja censurando os atos legislativos caso contradigam um preceito constitucional, sob pena de ferir-se o princípio da igualdade proporcional<sup>1</sup>.

A questão da limitação da função legislativa constitui tema de exame doutrinário desde os primórdios do regime constitucional, notadamente em países de Constituição escrita, como

---

<sup>1</sup> DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação do Poder Legislativo. **Revista Forense**, v. 116, p. 357-367, Rio de Janeiro, 1948. p. 357 e 367.

França e Estados Unidos, onde muito cedo se percebeu a necessidade de opor-se ao arbítrio do Poder Legislativo, por intermédio de um mecanismo hábil a invalidar os seus atos transgressores da Constituição. Contudo, a compreensão do *due process of law* enquanto restrição ao arbítrio do Legislativo apenas veio atingir sua maturação na doutrina norte-americana ao tempo em que o princípio se incorporou às restrições feitas ao poder dos Estados, na 14ª Emenda Constitucional, em 1868<sup>2</sup>.

Convém esclarecer que a idéia de proporcionalidade, nos moldes jurídico-dogmáticos que interessam ao presente estudo, foi recepcionada pelo Brasil sob forte influência de Portugal, embora originalmente desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão desde a década de cinquenta e imediatamente recepcionada pela doutrina daquele país, além de ter sido exportada nas últimas décadas para diversos países, inclusive para os da Península Ibérica, que determinaram de modo marcante as formas de aceitação daquela no Brasil<sup>3</sup>.

A Alemanha, após a II Grande Guerra e em decorrência dos horrores do regime nacional-socialista perpetrados geralmente em cumprimento a determinações legais, vivenciou um ambiente preparado pelas discussões jus-filosóficas com evidência a dimensão valorativa do direito, onde se buscavam em outras fontes e não apenas na legislativa os critérios para sua correta aplicação<sup>4</sup>.

Nessa senda, a vinculação dos três poderes, notadamente do legislativo aos direitos fundamentais, fez com que o Poder Judiciário encontrasse um critério para a avaliação de intervenções estatais que dificultassem ou impedissem o exercício destes direitos, decidindo que tais interferências somente seriam admitidas na medida em que respeitassem os mandamentos de proporcionalidade, de tal sorte que a obrigação de o legislador observar e respeitar os direitos fundamentais estatuindo regras gerais e abstratas estaria intimamente ligada ao surgimento da idéia da proporcionalidade no direito constitucional.

---

<sup>2</sup> Idem. Ibidem. p. 358-359.

<sup>3</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 176-183.

<sup>4</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Organizador). **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 45.

Assim, o conceito original de proporcionalidade inicialmente elaborado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, na década de 1960 revelaria que a proporcionalidade resulta da própria substância dos direitos fundamentais. Já na elaboração doutrinária, na década de 1970, a proporcionalidade foi apontada como decorrente do princípio do Estado de direito, entendimento esse repetido diversas vezes pelos autores brasileiros<sup>5</sup>.

Ocorre que, em razão de o princípio do Estado de Direito garantir apenas a legalidade dos atos da Administração e a necessidade formal de reserva legal para intervenções estatais na esfera individual, não revelando nada sobre os limites interventivos de leis concretizadoras das reservas legais, seria insuficiente para descrever o efeito e fundamentar a validade da proporcionalidade enquanto critério do controle de constitucionalidade.

Em estudo publicado em 1976, Schlink ofereceu a primeira sistematização abrangente da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal com interpretação original, completada em 1984 pelo artigo *Liberdade enquanto resistência à intervenção estatal - Da reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais*. O mesmo autor aduziu que ponderação corresponde ao processo de aplicação da proporcionalidade ao caso decidendo, acentuando que na passagem do Estado do direito clássico do século XIX, para o contemporâneo, Estado democrático e constitucional, a exigência da reserva legal transformou-se na exigência da reserva de lei proporcional<sup>6</sup>.

Deduz-se, então, que, se o legislador anteriormente podia constitucionalmente relativizar tudo o que o constituinte fixasse enquanto direito fundamental, exigindo-se dele apenas que o constituinte tivesse autorizado tal intervenção mediante reserva legal, atualmente o legislador vinculado aos direitos fundamentais deve não só concretizar a reserva legal, mas também torná-la proporcional.

Por sua vez, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã inclina-se para aceitar que o fundamento do princípio da proporcionalidade reside tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito, entretanto não raras vezes a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo. No Brasil, tem-se que o fundamento do princípio da proporcionalidade localiza-se no âmbito dos direitos fundamentais<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Idem. Ibidem. p. 179-180.

<sup>6</sup> Idem. Ibidem. p. 180-181.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 323-327.

## 2 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE: *ainda uma distinção necessária?*

Nessa fase pós-moderna de relativização do positivismo, o princípio da proporcionalidade é, sem sombra de dúvidas, de elevada importância por servir como princípio de ponderação dos princípios garantidores dos direitos fundamentais abrigados na Constituição Federal, os quais demandam uma harmônica convivência em meio ao pluralismo social caracterizado por dependências recíprocas e valores conflituosos inerentes ao Estado Democrático Constitucional de Direito<sup>8</sup>.

Revelando uma necessidade lógica e axiológica de se postular um 'princípio da proporcionalidade' para que se tenha o respeito a normas, como os princípios, tendentes a colidir quando se atuar com o direito concretamente, Willis Santiago Guerra Filho assinala que:

A idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante – o mais importante, por viabilizar a dinâmica de acomodação dos princípios – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.<sup>9</sup>

Os alemães fazem uso, indistintamente, do termo proporcionalidade ou proibição de excesso para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade. Contudo, a expressão mais usual nos diversos sistemas de direito europeu - alemão, francês, italiano, espanhol, português, suíço e austríaco -, é de fato princípio da proporcionalidade<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> GUERRA, Sérgio. **O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-SERGIO%GUERRA.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009. p. 1 e 6.

<sup>9</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. Disponível em: [http://www.trt15.jus.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev20Art6.pdf](http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev20Art6.pdf). Acesso em: 20 jul. 2009. p. 3-4.

<sup>10</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 72-73.

No campo doutrinário predomina a concepção de que a proporcionalidade está inserida na cláusula do *due process of law* sucessora da cláusula do direito medieval saxônico *law of the land*, a qual está assentada na Magna Carta do Rei João Sem Terra, de 1215, documento identificado como um dos maiores antecedentes do constitucionalismo<sup>11</sup>.

Grande parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, inclusive o próprio STF, trata proporcionalidade e razoabilidade como termos equivalentes, percebendo-se algumas variações em casos pontuais, segundo a influência do doutrinador ou jurista: se advinda do direito anglo-saxão, *razoabilidade*; se do direito germânico, *proporcionalidade*<sup>12</sup>.

A razoabilidade é apontada como princípio existente desde a antiguidade, dada a necessidade de que as leis fossem cumpridas conforme a razão. No Brasil, é provável que razoabilidade e proporcionalidade sejam tratadas como sinônimos pelo fato de um estudo pormenorizado sobre tais princípios ter sido feito de modo simultâneo e somente a partir da segunda metade do século XX, nada obstante a razoabilidade de há muito já ser desenvolvida como meio de controle dos atos legislativos pela jurisprudência dos países que adotam o sistema do *common law*, onde se confere especial atenção à aplicação da justiça e da equidade, segundo a concepção do magistrado. Já a proporcionalidade, na forma concebida pelo direito alemão denota feição mais ampla desdobrando-se classicamente nos três subprincípios que serão adiante estudados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação<sup>13</sup>.

O certo é que traços de distinção ainda são apontados entre os dois termos. Há autores que separam proporcionalidade e razoabilidade, atribuindo a esta o sentido de coerência lógica e adequação entre meios e fins, enquanto àquela associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, notadamente nas restritivas e sancionadoras.

---

<sup>11</sup> GUERRA, Sérgio. op. cit. p. 8-9.

<sup>12</sup> NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 125.

<sup>13</sup> ABAD, Raphael Madeira (2007). *A eficácia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na perspectiva dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Vitória/ES, Brasil. p. 174-176.

Os ordenamentos norte-americano e argentino operam com a razoabilidade. Os ordenamentos europeus, especialmente o alemão e francês, utilizam o princípio da proporcionalidade, tendo inclusive a Corte de Justiça da União Europeia afirmado como princípio comunitário o da proporcionalidade<sup>14</sup>.

Odete Medauar reputa melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade e aduz que o princípio da proporcionalidade consiste no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins<sup>15</sup>.

O esboço histórico mostra que proporcionalidade e razoabilidade diferem não somente pela origem, mas também pela estrutura. Proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente definida, que se manifesta na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), enquanto razoabilidade seria uma mera análise de compatibilidade entre meios e fins.

Desse modo, em sentido técnico-jurídico, proporcionalidade não é sinônimo de razoabilidade, o que exige uma análise crítica da doutrina sobre o tema, dado que nem sempre os termos utilizados nos discursos jurídicos guardam a mesma relação que revelam numa linguagem laica, por expressarem construções jurídicas diversas, as quais apesar de terem objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos<sup>16</sup>.

Note-se que é o rigor metodológico e argumentativo que legitima a proporcionalidade, manifestado no dever de fundamentação, na sua aplicação concreta e sem afastar a consideração de outros critérios materiais a delimitar uma decisão sobre legitimidade constitucional de uma ação estatal, mesmo porque não há como afastar a aplicação da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito, em razão da necessária compatibilização de bens e interesses, não

---

<sup>14</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.129.

<sup>15</sup> Idem. Ibidem. p.129.

<sup>16</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23, abr. 2002.

havendo como transformar a proporcionalidade em pautas decisórias arbitrárias que possam justificar qualquer solução<sup>17</sup>.

### 3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA PROPORCIONALIDADE

Sob inspiração em decisões da Corte Constitucional alemã, a doutrina aponta três dimensões ao princípio da proporcionalidade<sup>18</sup>. Assim, para ter aplicabilidade, a proporcionalidade requer a observância de três subprincípios ou elementos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, cujo objetivo é a controlabilidade das decisões acerca dos direitos fundamentais, que encerram o conteúdo valorativo mais importante da ordem jurídica<sup>19</sup>.

O certo é que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida deve resultar de rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador, sendo possível que a Lei Fundamental forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que não de ser adotados pelos juízes, o que nem sempre acontece, desaguando no risco de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do julgador<sup>20</sup>.

A análise da adequação há de preceder a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Nada obstante essa ordem ser praticamente ignorada pelo STF, é bastante enfatizada pela doutrina nacional.

A importância real dessa ordem fica evidente quando se constata que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras, uma vez

---

<sup>17</sup> SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Organizador). **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 43.

<sup>18</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 374.

<sup>19</sup> TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 65-66.

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 50.

que elas se relacionam de forma subsidiária entre si, de modo que a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em determinados casos, com um simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos, em outros casos, a análise de sua necessidade é indispensável, e por fim em casos de maior complexidade e somente nesses, deve se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito<sup>21</sup>.

**3.1 Adequação:** exige que o meio utilizado seja apto a atingir os propósitos pretendidos. Somente os meios adequados podem ser proporcionais, exigindo uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas concebido pela intervenção e o estado de coisas no qual o objetivo pudesse ser considerado realizado<sup>22</sup>.

**3.2 Necessidade:** implica a exigibilidade de escolha do melhor meio para o alcance do fim. A necessidade é o sub-critério que permite realizar o controle mais profundo e exigente, decidindo se o meio utilizado é, em última instância, proporcional ao objetivo perseguido, salientando-se que dentre todos os meios adequados para alcançar os propósitos lícitos, somente o que gravar o direito fundamental com menor intensidade será o necessário. Os demais, embora adequados serão desnecessários, desproporcionais e, portanto, inconstitucionais<sup>23</sup>.

**3.3 Proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação:** está vinculada à verificação do custo benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação sugere o uso da metáfora da balança, na qual se realiza uma ponderação de valores ou bens jurídicos, avaliando o respectivo peso e devendo prevalecer aquela que, no caso concreto, apresenta a maior urgência ou importância<sup>24</sup>.

Para Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito expressa o que significa otimização em relação aos princípios colidentes. Portanto, ela seria idêntica à lei do sopesamento, que dispõe: “*Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*”<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 34-35.

<sup>22</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *op. cit.* p. 206.

<sup>23</sup> Idem. *Ibidem.* p. 214-215.

<sup>24</sup> Idem. *Ibidem.* p. 224.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 593-594.

Assim, a necessidade da ponderação surge desde o momento em que se aceita que não há hierarquias interna na Constituição, no sentido de que os distintos princípios precisam de um peso autônomo e diferenciado, de maneira que somente possuem vocação de máxima realização que seja compatível com a máxima realização dos demais. Daí a razão pela qual a ponderação conduzir a uma exigência de proporcionalidade que implica estabelecer uma ordem de preferência relativa ao caso concreto, sem perder de vista que, quanto maior for o número e detalhes das propriedades fáticas que conformam a condição de aplicação de uma lei, mais viável resultará a ponderação do Tribunal Constitucional em um julgamento abstrato e mais inviável a da justiça comum em um julgamento concreto<sup>26</sup>.

#### 4 A PROPORCIONALIDADE ENQUANTO SOLUÇÃO NA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A exigibilidade do princípio da proporcionalidade para a solução de colisões de direitos fundamentais não é decorrente de nenhum dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais<sup>27</sup>.

As colisões entre direitos fundamentais surgem porque o exercício de um direito entra em conflito com outro ou com outros preceitos constitucionais, cabendo à doutrina jurídica e aos tribunais traçar os limites que permitam o exercício harmônico daqueles direitos colidentes, ainda que a definição dos critérios para a solução da colisão seja uma tarefa custosa. As principais ferramentas apontadas para a solução dos casos de conflitos são *a interpretação sistemática da Constituição e o critério da proporcionalidade*. A doutrina deve contribuir na fixação de limites, estudando os casos típicos de colisão e propondo soluções, todavia a decisão final caberá ao Poder Judiciário, que tem a missão de fundamentar o modo de limitação dos direitos fundamentais em conflito para que a decisão seja juridicamente correta<sup>28</sup>.

A colisão é classificada pela doutrina em dois tipos: colisão de direito em sentido estrito ou em sentido amplo. As de sentido estrito referem apenas àqueles conflitos entre direitos

---

<sup>26</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. El juicio de ponderación constitucional. In: CARBONELL, Miguel (Coordinador). **El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 119-120 e 128.

<sup>27</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 43.

<sup>28</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *op. cit.* p. 170-171.

fundamentais. Já as colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que visem à proteção de interesses da comunidade<sup>29</sup>.

Situações que envolvam o fenômeno da colisão de direitos fundamentais são de complexa solução. Os casos mais clássicos de colisão de direitos fundamentais são os que envolvem conflitos como: a) o direito de informação em choque com o direito à imagem; b) a liberdade de comunicação invadindo a esfera de privacidade dos indivíduos; c) a livre manifestação do pensamento violando a honra das pessoas. Esses direitos são essencialmente conflitantes porque estabelecem diretrizes em direções opostas<sup>30</sup>.

Se considerados como princípios, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, por serem passíveis de restrições recíprocas. A propósito, o STF afirmando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais já decidiu que não existe, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto. Tal posicionamento é manifestado, *v.g.*, no MS 23.452-RJ, com relatoria do Min. Celso de Melo, onde a Corte Constitucional revela que razões de proeminente interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição<sup>31</sup>.

Norma infraconstitucional pode restringir ou limitar o conteúdo dos direitos fundamentais, principalmente quando há autorização constitucional – *reserva legal* – como, por exemplo, na dicção do art. 5º, inc. XIII, da CF/88: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”, onde a própria Constituição previu expressamente a possibilidade de a lei restringir o direito de liberdade profissional. E, ainda que não haja previsão constitucional – *sem reserva legal* –, tem-

---

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.* p. 342.

<sup>30</sup> MARMELSTEIN, George, *op. cit.* p. 366.

<sup>31</sup> “EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, § 3º) – LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS – LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL – POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO – NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO – DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS – MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. (...) O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. (...) O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. (...) OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. (...)” – MS nº 23.452-1- RJ, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 12.05.2000, MS deferido à unanimidade.

se admitido que os direitos fundamentais possam ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional. Os direitos fundamentais sem reserva legal carecem de justificativa mais consistente para serem restringidos<sup>32</sup>.

As colisões de direitos fundamentais são típicos exemplos de casos difíceis ou duvidosos porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais de idênticas hierarquia e força vinculativa, o que requer uma decisão judicial que atenda os cânones da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática, sendo impensável a estrita aplicação dos princípios clássicos de interpretação, exigindo, sobretudo a aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>33</sup>.

É exatamente na verificação da validade ou não de uma lei que limita direito fundamental que o princípio da proporcionalidade é utilizado como instrumento de aferição dessa legitimidade, daí porque também é denominado de “*limite dos limites*”, cujo escopo maior é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais ganhe dimensões desproporcionais<sup>34</sup>.

Finalística e essencialmente, o princípio da proporcionalidade implica a concordância de valores e princípios, de tal maneira que, quando um tiver de preponderar sobre o outro, cumpre salvaguardar, fundamentadamente, o que restou relativizado, preservando, no íntimo, o princípio em colisão, pois a Constituição interpretada em meio às turbulências sociais e políticas não terá, na sua tensão interna, um defeito, e sim uma virtude: a de incorporar as contradições que impulsionaram o intérprete a encontrar a solução proporcional e justa<sup>35</sup>.

## 5 A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, percebe-se que o recurso à regra da proporcionalidade apenas fortalece a idéia de que a mesma seria sinônimo do princípio da razoabilidade, e nada obstante a relevância da proporcionalidade ser salientada nos julgamentos,

---

<sup>32</sup> Idem. Ibidem. p. 372.

<sup>33</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 69.

<sup>34</sup> MARMELSTEIN, George, op. cit. p. 372.

<sup>35</sup> FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (Coord.). **A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate – homenagem a Silvio Dobrowolski**. São Paulo: LTr, 2007. p. 91.

verifica-se que para a resolução constitucional da colisão de direitos fundamentais, o STF limita-se a citá-la, sem aplicá-la de forma estruturada.

A propósito, bem observou Luís Virgílio Afonso da Silva que “a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’”<sup>36</sup>.

Entretanto, convém ressaltar posicionamento doutrinário em sentido contrário, como o de Gilmar Ferreira Mendes<sup>37</sup> e Suzana de Toledo Barros<sup>38</sup>, aduzindo a plena aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e que a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência daquela Corte Suprema Constitucional da década 1950, sendo relacionada com a proteção ao direito de propriedade, no Recurso Extraordinário nº 18.331.

Na esteira desse entendimento, o STF ao decidir sobre majoração excessiva do imposto de licença sobre cabines de banho, procedida pela Prefeitura de Santos, apontou o caráter fecundo da doutrina do “excesso de poder” para o controle de atividade legiferante, por meio do Recurso Extraordinário nº 18.331-SP, com julgamento datado de 21.09.1951, sob a relatoria Ministro Orozimbo Nonato, proclamando que:

[...] O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir. [...] ‘somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade’. [...] É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘*détournement de pouvoir*’. Nem haveria que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando a Justiça Argentina já proclamou que ‘la incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, o solamente con su espíritu, es decidir, con su verdadero significado cuando la letra es obscura o da lugar a diversas interpretaciones.

A razão parece estar com os que salientam a aplicação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal apenas como um apelo à razoabilidade e que, quando alguma fundamentação é deduzida, quase sempre se menciona o art. 5º, LIV, e o chamado *substantive*

<sup>36</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da, *op. cit.* p. 31.

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.* p. 324.

<sup>38</sup> BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.* p.103.

*due process of law*, conforme se constata da decisão proferida em medida cautelar na ADIn 1407-2:

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a *inibir e a neutralizar os abusos* do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria *constitucionalidade material* dos atos estatais. A norma estatal, *que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade*, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, *ajustando-se* á cláusula que consagra, *em sua dimensão material*, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV)<sup>39</sup>.

O método não sistemático e o caráter meramente retórico na invocação do princípio da proporcionalidade são repetidos em inúmeras decisões do STF, conforme se observa no exemplo adiante, em decisão liminar proferida no HC 76.060-4:

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais -, é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de um prova de reforço contra a presunção de que é titular<sup>40</sup>.

Percebe-se, mais uma vez, que não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo uma comparação entre os fins e os meios utilizados, emergindo apenas um raciocínio de cunho simplista e mecânico, descortinando a convicção de que na jurisprudência do STF não se acham maiores subsídios para o desenvolvimento da discussão acerca da regra da proporcionalidade no Brasil<sup>41</sup>.

## 6 CONCLUSÃO

Construção dogmática dos alemães, posteriormente recepcionada e adaptada em diversos países da Europa e da América Latina, inclusive com aplicabilidade na jurisprudência dos tribunais internacionais, o princípio da proporcionalidade, após acesa presença por décadas na doutrina e jurisdição constitucional portuguesas, foi recepcionado no Brasil exatamente sob

---

<sup>39</sup> Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da, op. cit. p. 32.

<sup>40</sup> Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da, op. cit. p. 31.

<sup>41</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da, op. cit. p. 33.

decisiva influência de Portugal, nada obstante atualmente perceber-se um farto debate doutrinário diretamente inspirado na dogmática alemã<sup>42</sup>.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade pode ser enxergado como uma decorrência natural da necessidade de harmonizar o exercício de direitos fundamentais colidentes entre si ou conflitantes com bens jurídicos previstos na Constituição Federal, de tal modo que a determinação judicial da inconstitucionalidade da ação do legislador não possa ser limitada a critérios meramente formais, sob pena de perda da concretude e da utilidade de seu vínculo aos direitos fundamentais, mormente levando em conta que a decisão que tutela um bem jurídico-constitucional em detrimento de outro só pode prevalecer se a forma desta escolha poupar o máximo possível o direito restringido.

Proporcionalidade e razoabilidade são conceitos que não se confundem, sobretudo porque verificar a proporcionalidade de uma medida que restringe determinado direito fundamental não é apenas analisar se a medida é razoável. Trata-se de um processo estruturado racionalmente, com requisitos ou elementos a serem aplicados em ordem pré-definida, de sorte que somente será possível a limitação a um direito fundamental diante da presença de todos os elementos da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.

Para uma correta aplicação do princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle de constitucionalidade faz-se imprescindível a compreensão jurídico-dogmática dos direitos fundamentais, principalmente levando-se em conta que as normas de direitos fundamentais tem caráter de princípios, dotados de exigências de otimização, não seguindo a lógica do tudo ou nada, admitindo serem ponderados no caso concreto para a harmonização dos valores que encerram. Contudo, a proporcionalidade, ainda, é recepcionada de forma imprecisa no Brasil, ensejando sua aplicação jurisdicional de maneira pouco satisfatória, e conforme demonstra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por vezes utilizada como instrumento de retórica legitimadora ao invés de ser manejada como autêntica ferramenta decisória.

## 7 REFERÊNCIAS

ABAD, Raphael Madeira (2007). *A eficácia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na perspectiva dos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Vitória/ES, Brasil.

<sup>42</sup>

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *op. cit.* p.184.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação do Poder Legislativo. **Revista Forense**, v. 116, p. 357-367, Rio de Janeiro, 1948.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basillone (Coord.). **A constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate – homenagem a Silvio Dobrowolski**. São Paulo: LTr, 2007. p. 83-111.

GUERRA, Sérgio. **O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-SERGIO%GUERRA.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Organizador). **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 45-70.

\_\_\_\_\_. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. Disponível em: [http://www.trt15.jus.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev20Art6.pdf](http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev20Art6.pdf). Acesso em: 20 jul. 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Bahia: Juspodivm, 2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. El juicio de ponderación constitucional. In: CARBONELL, Miguel (Coordinador). **El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 99-146.

SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Organizador). **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional**. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 19-44.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

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

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy Editora, 2003.