

## O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de proteção aos direitos fundamentais

VERÔNICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN (\*)

### 1 - O Papel Desempenhado pelos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito

Os direitos fundamentais apresentam papel de destaque no mundo moderno, sendo a sua efetividade e respeito perseguidos pela humanidade, além de consubstanciarem medida para aferição da legitimidade do Estado.

Neste contexto, cabe evidenciar a íntima relação existente entre estes direitos e o Estado Democrático de Direito, abraçado com veemência pelo constituinte de 1988.

O Estado Democrático de Direito surge em contraposição ao denominado Estado de Polícia, que apresentava faceta autoritária e arbitrária <sup>(1)</sup>. O Estado Democrático de Direito é, assim, sinônimo de respeito irrestrito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, de governo justo, transparente e controlado pela soberania popular, de consagração do princípio representativo e, de todos os princípios e valores derivados da nova ordem constitucional instaurada em 1988. A idéia do "Estado Democrático de Direito" reúne, pois, uma série de princípios e valores considerados indispensáveis ao alcance de uma ordem estatal capaz de assegurar os direitos inalienáveis do homem <sup>(2)</sup>.

(1) Em sintética explanação histórica, DALMO DE ABREU DALLARI ensina que a "idéia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores. A fixação desse ponto de partida é um dado de fundamental importância, pois as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele, nos dois últimos séculos, têm sido determinados pela crença naqueles postulados, podendo-se concluir que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX não foram mais do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII. A afirmação desse ponto de partida é indispensável para a compreensão dos conflitos sobre os objetivos do Estado e a participação popular, explicando também, em boa medida, a extrema dificuldade que se tem encontrado para ajustar a idéia de Estado Democrático às exigências da vida contemporânea". DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 17ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 123.

(2) WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO enfatiza que a fórmula do Estado Democrático de Direito sintetiza uma série de princípios, "os quais se promovem mutuamente *in abstracto*, mas, necessariamente, irão muitas vezes conflitar-se *in concreto*". Em complemento, esclarece que "aquela fórmula representa, antes de mais nada, a intenção de conciliar da melhor forma possível, no presente e cada vez mais no futuro, aqueles princípios e valores que, ao serem reunidos para sua aplicação

“Ao utilizar a terminologia Estado Democrático de Direito, a Constituição reconheceu a República Federativa do Brasil como uma ordenação estatal justa, mantenedora dos direitos individuais e metaindividuais, garantindo os direitos adquiridos, a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais, a responsabilidade dos governantes para os governados, a prevalência do princípio representativo, segundo o qual todo poder emana do povo e, em nome dele, é exercido, por meio de representantes eleitos através do voto. Em realidade, a expressão Estado de Direito, sem o qualificativo democrático, é tradução literal do vocábulo alemão *Rechtsstaat*, empregada desde o começo do século XIX. Com o tempo, o termo incorporou-se ao vocábulo jurídico e político, significando o oposto de *Polizeistaat* – Estado de Polícia, o Estado da época do Absolutismo”<sup>(3)</sup>.

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO enfatiza o significado dos direitos fundamentais como “princípios básicos da ordem constitucional”, realçando que tais direitos operam como limite do poder e como diretriz para a sua ação, pois revelam e positivam um sistema de valores. Possuem, pois, uma “eficácia radiante”<sup>(4)</sup>.

Pode-se constatar que a efetividade e plena realização prática dos direitos fundamentais é indispensável ao bom desempenho do Estado Democrático de Direito<sup>(5)</sup>, já que este busca garantir e realizar um sistema autêntico destes direitos aos cidadãos. O Estado de Direito exige e implica a garantia dos direitos

---

conjuntamente, aumentam o seu alcance e potencializam-se, ao mesmo tempo em que impõem limites, uns aos outros, para impedir que a ênfase exagerada em um ou alguns deles perverta-os”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional”. *Revista de Processo*, ano 16, N. 62, Abril-Junho de 1991, pp. 122/140.

<sup>(3)</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 3ª. ed, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45. Nesta mesma linha de entendimento, ressalta NORBERTO BOBBIO que “a antítese do estado absoluto é o estado democrático, ou mais exatamente o estado representativo, que através do progressivo alargamento dos direitos políticos até o sufrágio universal se transforma pouco a pouco em estado democrático”. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira, 5ª. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 121.

<sup>(4)</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 153 e 155.

<sup>(5)</sup> A título de ilustração, ainda sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, valemo-nos da valiosa lição de CANOTILHO e VITAL MOREIRA, citados por CELSO RIBEIRO BASTOS (*Curso de Direito Constitucional*, 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 156), *in verbis*: “Este conceito é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de direito e do Estado democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é Estado de direito. Esta ligação

fundamentais, enquanto estes exigem e implicam, para a sua realização, o Estado de Direito <sup>(6)</sup>. Há, pois, uma relação incidível entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais.

JORGE MIRANDA adverte, acertadamente, que não basta, para que haja ou para que sejam garantidos os direitos fundamentais, que exista Estado. É necessário que o regime ou o sistema político lhes seja adequado; é necessário que a estrutura do poder seja compatível com a sua salvaguarda <sup>(7)</sup>.

Modernamente, como bem assinala EDILSON PEREIRA DE FARIAS, os direitos fundamentais cumprem uma função primordial no panorama jurídico-político e consubstanciam-se em paradigma de legitimação de regimes políticos <sup>(8)</sup>. Com efeito, o grau de consagração, proteção e efetividade conferidos a tais direitos por determinado Estado conferem ao mesmo maior ou menor prestígio na comunidade internacional. Os direitos fundamentais – sua efetividade e plena garantia – constituem elementos essenciais à democracia e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito.

Em complemento ao acima aduzido, podemos citar a observação de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, para quem a legitimidade de determinado sistema político encontra-se condicionada à tutela e efetividade dos princípios e direitos fundamentais <sup>(9)</sup>. Pode-se dizer que o Estado de Direito volta-se para a exigência

---

material das duas componentes não impede a consideração específica de cada uma delas, mas o sentido de uma não pode ficar condicionado e ser qualificado em função do sentido da outra”.

<sup>(6)</sup> Observação de ANTONIO E. PEREZ LUÑO, *apud* MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, no Artigo “Eficácia Constitucional: Uma Questão Hermenêutica”, publicado na obra *Hermenêutica Plural: Possibilidades Jusfilosóficas em Contextos Imperfeitos*, Organizadores: Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodrigues, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 373.

<sup>(7)</sup> Em complemento, transcrevemos trecho da lição do consagrado jurista português, *in verbis*: “Se o que está em causa é a posição da pessoa perante o poder, torna-se ineliminável a conexão entre os sistemas de poder e o dos direitos fundamentais e um e outro e fazem parte de uma mesma Constituição, com a sua coerência própria. A concentração do poder não se compadece com as liberdades públicas e, no limite, até com as liberdades privadas. Apenas a divisão do poder as assegura ou assegura plenamente; e divisão do poder requer legitimação não autocrática e mecanismos de controle. Mais ainda: pode asseverar-se sem receio que, neste momento, somente a democracia – a democracia representativa e pluralista, com Estado de Direito – propicia um sistema completo e autêntico de direitos fundamentais; nenhum outro regime atual o consagra.(...). Não vou ao ponto de sustentar que a Declaração Universal imponha a democracia. No entanto, ela estabelece no preâmbulo, que é essencial a proteção dos direitos do homem, através de um regime de direito; e no art. 21, que toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do país, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, e que a vontade do povo deve exprimir-se através de eleições honestas a realizarem-se periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto”. MIRANDA, JORGE. “O Homem e o Estado – Direitos do Homem e Democracia”. Artigo publicado na *Revista Interesse Público*. São Paulo: Notadez, Ano I, n. 01, Janeiro/Março 1999, p. 80.

<sup>(8)</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação*, 2ª. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 82.

<sup>(9)</sup> Observação extraída do Prólogo à obra *Derechos y Garantías – La Ley del Más Débil*, de LUIGI FERRAJOLI. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andréa Greppi, Coleção “Estructuras Y Procesos”, 2ª. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 11.

da legalidade, enquanto o princípio democrático encerra caráter de legitimidade. Ambos, um em complemento ao outro, formam o denominado Estado Democrático de Direito.

Concluimos assim que, no atual estágio do Estado de Direito, não se tem mais o primado absoluto da vontade do legislador. Hoje, o princípio da legalidade se submete ao princípio da constitucionalidade, sendo certo que os direitos fundamentais impõem limites à atuação do legislador. LUIGI FERRAJOLI assinala a existência de uma “segunda revolução” na natureza do direito, influenciando na formação de um novo paradigma ao positivismo clássico. A “primeira revolução”, segundo o jurista italiano, se deu com a afirmação da onipotência do legislador, ou seja, com a afirmação do princípio da legalidade formal como norma de reconhecimento da existência das normas. Já a “segunda revolução” se verifica na afirmação do princípio da legalidade substancial, o que significa dizer que a lei não deve estar unicamente adstrita a vínculos formais. A lei deve estar subordinada também a vínculos substanciais, impostos pelos princípios e direitos fundamentais contidos na Constituição. FERRAJOLI observa, ainda, que a afirmação do princípio da legalidade substancial rompe com a presunção apriorística de validade do direito vigente. Para que a norma seja válida, não basta que a mesma tenha sido emanada segundo as formas pré-estabelecidas para a sua produção; é necessário que o seu conteúdo respeite os princípios e direitos fundamentais estampados na Constituição <sup>(10)</sup>.

De certo, o Estado Moderno, democrático e social, deve buscar o primado do Direito sobre a política, limitando e restringindo o poder estatal em favor da realização do direito material, em sua essência constitucional, tal como assevera ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE <sup>(11)</sup>. BÖCKENFÖRDE acentua a necessidade de se buscar limitar e restringir o domínio do Estado em favor da liberdade do indivíduo e da realização do direito.

Sobre a realização do direito, defendida por BÖCKENFÖRDE, oportuno trazer à baila o conceito de efetividade, extraído da esclarecedora lição de LUÍS ROBERTO BARROSO, *in verbis*:

“A efetividade significa, ..., a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” <sup>(12)</sup>.

<sup>(10)</sup> Obra citada, p. 66.

<sup>(11)</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Tradução de Rafael de Agapito Serrano, Coleção “Estructuras Y Procesos”, 2ª. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 44. O jurista alemão enfatiza que, apesar dos variantes significados do Estado de Direito, existe um conteúdo sempre presente, referente à garantia da liberdade pessoal e à limitação do poder estatal.

<sup>(12)</sup> Confira a obra *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

Do conceito acima referido, verifica-se que a efetividade de um direito se vincula à sua aplicação e reconhecimento (concretização) no mundo dos fatos sociais. É o que muitos doutrinadores denominam de “eficácia social”<sup>(13)</sup> da norma, em distinção à denominada “eficácia jurídica”.

Sem efetividade, os direitos fundamentais são reduzidos a mera explicitações políticas e morais, esvaziados de qualquer utilidade, sendo a Constituição que os abriga desprovida de realidade, inserindo-se em um plano meramente utópico.

MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, em significativa observação, afirma admitir o direito como concretização, esclarecendo que a norma só ganha significado quando assume uma posição concreta, ou melhor, quando se revela realmente. Destaca a autora:

“O direito, como elemento ético da vida social – teoria da vida reta –, pretende realizar o bem. Daí concordamos com GADAMER quando mostra que a ‘interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafos, mas uma concreção prática da idéia do Direito. A arte dos juristas é também o cultivo do Direito’”<sup>(14)</sup>.

Sem dúvida, neste plano de concretização, desafio maior do Estado Democrático moderno é fornecer aos direitos fundamentais garantias eficazes e proteção real, assegurando a sua aplicação de forma tendente ao aproveitamento máximo de seu conteúdo. GILMAR FERREIRA MENDES observa que a Constituição deve lograr concretizar sua “pretensão de eficácia” e complementa advertindo

---

<sup>(13)</sup> KONRAD HESSE apregoa que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Para o pensador alemão, a essência da norma constitucional “reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) 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”. Em outra passagem de sua obra, KONRAD HESSE observa que “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. (...) Se os direitos e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (...) A dinâmica existente na interpretação constitutiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 14/15; 22/23.

<sup>(14)</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 45.

que a falta de mecanismos de controle de normas retira muito da força normativa ou vinculante da Constituição <sup>(15)</sup>.

Sobre tal problemática, NORBERTO BOBBIO adverte que:

“Uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva” <sup>(16)</sup>.

Os direitos e liberdades fundamentais não são resguardados apenas por sua declaração e reconhecimento formal pela ordem interna do Estado <sup>(17)</sup>. É necessário a sua efetiva proteção e concretização, através de mecanismos que possibilitem a existência harmônica de todos os direitos consagrados no texto constitucional, viabilizando o seu pleno exercício pelo indivíduo.

## 2 - A Proporcionalidade como Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais. O Problema da Colisão entre Direitos Fundamentais.

Como dito, os direitos fundamentais são aqueles direitos especificados no texto constitucional e que encerram valores supremos, considerados imprescindíveis dentro de determinada ordem nacional, recebendo proteção máxima da própria Constituição. Tais direitos são fundamentais à realização da pessoa humana e propiciam as condições indispensáveis à uma sobrevivência digna. Como observa WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, os direitos fundamentais são dotados de uma ‘força especial’, caracterizada pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jusfundantes, com a sua aplicabilidade imediata. <sup>(18)</sup>

O Estado Democrático de Direito, como já ressaltado, através do primado dos direitos fundamentais, busca promover a segurança, igualdade, justiça,

---

<sup>(15)</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 32/33.

<sup>(16)</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 12ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 63.

<sup>(17)</sup> CARMEM LUCIA ANTUNES ROCHA lembra, com propriedade, que “não é novo, nem mesmo raro, que Constituições traduzam excelentes propostas, mas não sejam capazes de concretizar os projetos dos povos que as formulam. Ou talvez sejam mesmos os povos, seus autores, que não as conseguem concretizar. Na América Latina, particularmente, tem sido uma constante ter-se a norma, mas não a sua aplicação, o seu acatamento, a sua observância, especialmente pelos governantes, caudilhos com gana de poder e ojeriza a limites, mais ainda a direitos. Hoje, mais que antes, as opções econômicas lançam novas sombras (...) sobre os direitos que se conquistaram com tão terríveis dificuldades”. ROCHA, Carmem Lucia Antunes. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social”, *Revista Interesse Público*, São Paulo: Notadez, Ano I, n. 04, outubro/dezembro 1999.

<sup>(18)</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ª. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 57.

liberdade, entre outros valores fundantes, enfatizando a dignidade da pessoa humana.

Este complexo de valores, que na prática pode entrar em conflito, demanda um mecanismo que permita equilíbrio em caso de colisão. Lembre-se que o equilíbrio é o núcleo fundamental do Direito e do conceito de Justiça, representada, simbolicamente, pela balança, que proporciona equilíbrio entre seus lados (pratos).

A máxima da proporcionalidade surge, então, nesta nova fase do Direito Constitucional, como instrumento para garantir a aplicação de princípios conflitantes, através do balanceamento entre valores. Assim, entende-se a essência e finalidade do princípio da proporcionalidade voltadas à preservação dos direitos fundamentais e do papel que estes desempenham na estrutura legitimadora do Estado Democrático de Direito.

Frise-se que a possibilidade de colisão, acima destacada, é inerente à própria estrutura da sociedade democrática, que admite e assume os conflitos criados em seu âmago, buscando o convívio de posições antagônicas e privilegiando o pluralismo. Preserva-se, assim, a composição de interesses; a proteção e convívio concomitantes de direitos em uma ordem democrática.

Em um Estado Democrático, o administrador, o legislador e o aplicador da norma devem pautar a sua atuação na busca pela realização do Direito, pelo desempenho concreto dos valores inseridos nas normas jurídicas. RUDOLF VON IHERING, em passagem da conhecida obra *A Luta pelo Direito*, já alertava que “a essência do Direito é a realização prática. Uma regra do Direito que jamais foi realizada ou que deixou de o ser não merece mais este nome, transformou-se numa rodagem inerte que não faz mais trabalho algum no mecanismo do direito e que se pode retirar sem que disso resulte a menor transformação”<sup>(19)</sup>.

Com efeito, como aponta WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO:

“A simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse

---

<sup>(19)</sup> IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*, 12ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 43.

processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abrem canais para essa participação” (20).

Neste aspecto, deve o Poder Judiciário, na função de intérprete e aplicador das normas que traduzem direitos fundamentais, desempenhar papel de destaque, com atuação combativa na salvaguarda destes direitos, reconhecendo sua aplicabilidade e velando pela máxima utilização dos denominados “remédios constitucionais” (21). Também neste contexto, assume o Ministério Público função de grande relevância ante a missão constitucional que lhe foi confiada (art. 127/129 - CF/88), cabendo ao *Parquet*, enquanto guardião da sociedade, lutar pela plena realização dos direitos fundamentais, em todas as esferas de sua vasta atuação e atribuição.

O momento atual, de grande turbulência e insegurança ante os violentos acontecimentos que marcaram este início de século, impõe a valorização de instrumentos que permitam certa flexibilização ao Direito, que, necessariamente, deve mostrar-se capaz de acompanhar as rápidas mudanças impulsionadas pela globalização (22). Impõe-se, também, a valorização de mecanismos de ponderação, capazes de garantir o pluralismo e a própria democracia, que se apóia na existência e respeito a idéias e posições muitas vezes conflitantes.

Neste contexto, a Constituição deve ser interpretada e aplicada de forma a permitir a coexistência pacífica e harmônica de seus princípios, garantindo-se, ao máximo, os valores que ela encerra.

Com inteira razão, NORBERTO BOBBIO afirma que:

“o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para

(20) Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, pp. 20/21.

(21) Sobre o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito contemporâneo, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO observa que hoje, o centro de decisões politicamente relevantes sofre um sensível deslocamento do Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário. Complementa o referido autor, aduzindo que “o processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional - ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, etc. - torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania” (Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 26).

(22) Neste ponto, interessante citar a observação de PAULO BONAVIDES sobre a problemática de efetivação prática de alguns direitos sociais no contexto contemporâneo: “Não resta dúvida, porém, de que, à margem da teorização, no âmbito exclusivo da realidade pura de nosso tempo, os obstáculos para concretizar direitos fundamentais de natureza social aumentaram consideravelmente por efeito do neoliberalismo e da globalização”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 10ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 552.



impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (23).

A preocupação externada pelo grande pensador italiano bem retrata a crise vivenciada pela sociedade moderna, que assiste, atônita, flagrantes violações aos direitos fundamentais.

O desenvolvimento da teoria da efetividade das normas constitucionais é decisiva para a afirmação prática dos direitos fundamentais, da democracia e de todo o sistema de valores corporificado na Carta Constitucional.

O Poder Público e a sociedade em geral devem empreender esforços decisivos para que o rol de direitos declarados na Carta Magna ultrapassem o texto constitucional e se verifiquem na prática social, nos fatos da vida nacional, em toda a sua plenitude.

Resta, agora, após a positivação e o destaque alcançado pelos direitos fundamentais, fazer com que o ser humano, na prática, seja considerado e respeitado como tal, em suas necessidades, anseios e diferenças.

Esta é uma luta que ainda está longe do final, mas a sociedade moderna deve perseguir a efetividade dos direitos fundamentais e o respeito absoluto à dignidade da pessoa humana, transformando a literalidade das declarações de direito em realidade social (24).

Neste cenário, a aplicação do princípio da proporcionalidade é de grande valia, pois o mesmo permite o balanceamento entre valores fundantes do Estado de Direito, como a igualdade, a justiça, a segurança, a dignidade da pessoa humana, entre outros, evitando interferência no “núcleo essencial” dos direitos que encerram tais valores (25). O “núcleo essencial” pode ser entendido como a essência do direito, o cerne de seu conteúdo. Representa um núcleo intransponível e protegido contra qualquer espécie de interferência (26). Como bem observa GILMAR FERREIRA MENDES, “o princípio da proteção do núcleo essencial

(23) Obra citada, *A Era dos Direitos*, p. 25.

(24) LUIGI FERRAJOLI fala em um “constitucionalismo mundial” que constitui o horizonte axiológico que hoje se impõe aos juristas, que devem assumir como tarefa científica a crítica jurídica às dimensões de invalidez e falta de plenitude do direito vigente, bem como a formulação de garantias do direito futuro. O autor adverte, com preocupação, ser difícil prever se a progressiva extensão dos direitos fundamentais e de suas garantias à totalidade do gênero humano chegará a tempo de prevenir e desativar os violentos conflitos que a sua violação produz (Obra citada, p. 157).

(25) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO explicita que a garantia do “conteúdo essencial” do direito não é o único condicionamento material (limitador) que pesa sobre o legislador em matéria de direitos fundamentais. Para o autor espanhol, o cânone da proporcionalidade, em conjunto com a garantia do “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, protege estes direitos frente a atuação do legislador. CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos Fundamentales - Concepto Y Garantías*, Coleção “Estructuras Y Procesos”, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 67.

(26) DANIEL SARMENTO informa que existem duas orientações doutrinárias acerca da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, consubstanciadas nas teorias absoluta e relativa. O autor nos dá conta de que a teoria dita absoluta “preconiza que o conteúdo essencial deve ser delimitado abstratamente, não podendo os seus confins ser ultrapassados em nenhuma hipótese,

(*Wesensgehaltsgarantie*) destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais” (27).

A máxima da proporcionalidade surge como instrumento de proteção aos direitos fundamentais, aplicado, sobretudo, para impedir que determinado ato estatal, emanado para promover a realização de um direito fundamental, implique em restrição desproporcional a outro direito, ferindo o núcleo essencial deste último. Defende-se, aqui, a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de controle da atuação estatal; como controle de excessos do poder estatal, assumindo natureza de restrição às restrições impostas.

O princípio da proporcionalidade representa ferramenta importante neste panorama correspondendo, efetivamente, à uma garantia fundamental e permitindo a coexistência compatível e harmônica dos direitos fundamentais consagrados na Carta Política (28).

Com efeito, em virtude da essência e carga axiológica das normas que encerram direitos fundamentais, certo é que às mesmas deve ser atribuído o caráter de princípio (29). Nesta perspectiva, como assinala WILSON ANTONIO

---

nem mesmo quando a invasão possa ser justificada pela proteção a outros direitos fundamentais de mesma hierarquia”. Anota SARMENTO que a teoria absoluta é acolhida por autores como CANOTILHO e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. Já a teoria relativa, por sua vez, sustenta que o núcleo fundamental só pode ser delimitado à luz do caso concreto, mediante a ponderação dos interesses em jogo. Segundo DANIEL SARMENTO, a teoria relativa acaba reconduzindo a proteção ao núcleo essencial ao próprio princípio da proporcionalidade. Ao final de sua exposição, o autor se mostra adepto da teoria relativa, por entender que a mesma é a que “mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas”. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 1ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª tiragem, 2002, pp. 112/113.

(27) Obra citada, p. 39. Neste ponto, interessante observar que já se levantam vozes no sentido da aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento contra a omissão estatal ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. LUIS VIRGILIO AFONSO DA SILVA adverte que antes se falava apenas em *proibição de excesso*, e hoje, em debate ainda embrionário, já se fala em *proibição de insuficiência*. DA SILVA, Luis Virgilio Afonso. Artigo “O Proporcional e o Razoável”, publicado na *Revista dos Tribunais*, Ano 91, Volume 798, Abril /2002, Editora Revista dos Tribunais, pp. 23/50.

(28) Sob a noção de garantia LUIGI FERRAJOLI nos ensina que: “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. (...) En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos” (Obra citada, p. 25).

(29) Sobre o tema, SUZANA DE TOLEDO BARROS assevera que os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, em vista do valor ou bem jurídico que visam proteger. BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 2ª. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 157. Note-se que a importância dos princípios foi apreendida pela moderna teoria constitucional e, também, pelas Constituições mais recentes, em que os princípios integram o seu âmago. UADI LAMMÊGO BULOS assinala que, modernamente, busca-se construir um Direito Constitucional “principalista”, com ênfase em concepções sistêmicas, estruturantes, funcionais e institucionais dos princípios (Obra citada, p. 37). Também PAULO BONAVIDES, com entusiasmo, afirma que a normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os ares das Cortes Supremas

STEINMETZ, é tão correto dizer “direito fundamental da liberdade” quanto “princípio da liberdade”; ou, “direito fundamental de igualdade” quanto “princípio da igualdade”<sup>(30)</sup>.

A aplicação do caráter principal às normas de direito fundamental é bastante proveitosa na medida em que evita o esvaziamento destes direitos, principalmente em caso de conflito, legitimando eventual restrição ao seu conteúdo através da realização de um processo escalonado de ponderação, que resguarda a força normativa do direito<sup>(31)</sup>. Este caráter principal implica dizer que os direitos fundamentais encerram razões *prima facie* que se sujeitam à ponderação em caso de colisão, além de ser decisivo na determinação do método a ser utilizado na solução desta colisão.

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade verificar o nível de restrição promovido em certo direito fundamental, por determinado ato normativo, seja de natureza legislativa ou judicial, encerrando um verdadeiro limite às intervenções contrárias à Constituição ou não amparadas pela mesma. O Poder Público, em sentido lato, aí compreendidos todos os Poderes do Estado, está vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais de forma permanente. O princípio da proporcionalidade funciona como um “mediador” entre as restrições aos direitos fundamentais e o poder estatal, justificando tais interferências a partir de um processo de ponderação<sup>(32)</sup>.

---

no constitucionalismo contemporâneo corroboram a irresistível tendência que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico (Obra citada, p. 257). Finalmente, nesta mesma linha, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO ressalta que uma característica marcante do pensamento jurídico contemporâneo repousa na ênfase dada à aplicação dos princípios no tratamento dos problemas jurídicos, princípios positivados no ordenamento, explícita ou implicitamente. Continua GUERRA FILHO aduzindo que com tal postura dá-se por superado o legalismo do positivismo normativista (Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 76)

<sup>(30)</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

<sup>(31)</sup> A conveniência da aplicação da Teoria dos Princípios à colisão de direitos fundamentais foi ressaltada e defendida por ROBERT ALEXY em Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em dezembro de 1998. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>(32)</sup> GILMAR FERREIRA MENDES anota que a doutrina constitucional mais moderna não se preocupa apenas com a indagação sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. O autor observa que esta nova orientação permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional, que “pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)”. Obra citada, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 43. Em passagem de outra obra, GILMAR MENDES ressalta que a discricionariedade do legislador traduz, ao mesmo tempo, idéia de liberdade e de limitação. Ao legislador reconhece-se o “poder de conformação” apenas dentro de limites estabelecidos pela Constituição, e, dentro desse limite, diversas condutas podem ser consideradas legítimas, vedando-se o excesso de poder (MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. Obra citada, p. 247).

A colisão entre normas que encerram direitos fundamentais é bastante peculiar, pois as mesmas apresentam a mesma hierarquia constitucional e força vinculante e, por tal razão, devem ser compatibilizadas sem a imposição de sacrifício desmedido aos direitos em jogo.

Segundo SUZANA DE TOLEDO BARROS, não seria estranho derivar-se o princípio da proporcionalidade da própria essência dos direitos fundamentais. Para a autora, a relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz embutida a existência de várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressos sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.

Neste contexto, destaca-se o princípio da proporcionalidade, em sua faceta instrumental, como mecanismo de garantia da força normativa dos direitos fundamentais em caso de colisão e, também, de garantia do direito à igualdade em situações que demandam ponderação para se fazer valer a verdadeira isonomia no caso concreto.

Importante realçar que o princípio em tela encerra um procedimento racional para a ponderação de valores, apresentando método e disciplina de aplicação, já que o mesmo encontra-se estruturado em subprincípios.<sup>(33)</sup>

---

<sup>(33)</sup> A análise dos subprincípios integrantes da proporcionalidade rende ensejo a um novo estudo. Porém, com o fim de possibilitar uma melhor compreensão sobre a temática tratada neste trabalho, de forma sintética, podemos dizer que, visando à sistematização e aplicação objetiva do princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional Alemão apresentou, no bojo de suas decisões, a decomposição do princípio em três subprincípios ou postulados, que vêm sendo estudados pela doutrina. O princípio da proporcionalidade, na valiosa lição de ROBERT ALEXY, envolve três subprincípios ou postulados que integram um processo escalonado, quais sejam: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) ponderação ou proporcionalidade propriamente dita (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993). Na primeira etapa do processo de ponderação (primeiro postulado – adequação), deve-se verificar a relação de causa e efeito entre o meio utilizado para o alcance do fim desejado; ou seja, deve-se averiguar a existência de adequação entre o meio escolhido e a consecução do fim almejado. Pergunta-se: **o meio eleito é adequado para a obtenção do resultado desejado?** Trata-se de investigar se a medida é apta (útil, idônea) para atingir o fim desejado. Vale dizer: deve-se indagar se o meio escolhido se presta a atingir o fim estabelecido.

Ultrapassado o exame da presença do primeiro subprincípio, passa-se ao segundo postulado (necessidade). Nesta etapa do processo, deve-se analisar a efetiva necessidade de utilização do meio escolhido. Indaga-se: **é realmente necessária a utilização do meio escolhido? Existe outro meio igualmente eficaz e menos gravoso para obtenção do fim desejado?** Nesta segunda fase da ponderação, verifica-se se a medida restritiva é realmente indispensável, ou seja, se não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, porém, menos gravosa. Ou seja, nesta etapa faz-se uma análise sobre o nível de eficácia do meio eleito e a “menor ingerência” possível aos direitos em questão. O ato estatal que limita determinado direito fundamental só será necessário se o alcance do objetivo pretendido não for atingido por outro meio que limite em menor escala o direito envolvido. Isto é, a medida restritiva adotada deve ser indispensável ao alcance da finalidade pretendida, não podendo haver outro meio igualmente eficaz e menos gravoso que possa substituí-la.

Pode-se dizer que a restrição a direito fundamental só é legítima se passar, com êxito, pelos testes inerentes a cada postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A aplicação do princípio da proporcionalidade promove, assim, um autêntico exame sobre a legitimidade da restrição imposta ao direito fundamental, implicando, conseqüentemente, em mecanismo de proteção ao direito atingido.

Neste ponto, podemos trazer a observação de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO ao afirmar que o princípio da proporcionalidade, apesar de não estar explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento, configura exigência inafastável da fórmula política adotada através do Estado Democrático de Direito <sup>(34)</sup>. O autor denomina o princípio da proporcionalidade como o “princípio dos princípios”, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desprestigiar ao mínimo o outro, sem jamais ferir o seu “núcleo essencial”. Assim, surge a necessidade lógica, até axiológica, de se postular um princípio da proporcionalidade para que se possibilite a existência harmônica entre as normas de direitos fundamentais elencadas no texto constitucional <sup>(35)</sup>.

Frise-se que a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais é bastante significativa, sendo inerente à sua própria natureza e à extensa capitulação existente na Carta Federal. Sem grande esforço, pode-se imaginar, rapidamente, possibilidade de colisão entre os direitos à liberdade de expressão e à honra ou entre o direito à intimidade e o direito à informação, por exemplo.

---

Finalmente, após a verificação dos dois primeiros postulados, havendo adequação entre o meio utilizado e o fim almejado, bem como restando comprovada a necessidade de utilização de tal meio, passa-se ao processo de ponderação propriamente dito (terceiro subprincípio da proporcionalidade – proporcionalidade em sentido estrito). Nesta última etapa, realiza-se a efetiva ponderação, o sopesamento (*balancing*) entre os valores em colisão, visando a escolha daquele que deve prevalecer na hipótese, em virtude das circunstâncias jurídicas analisadas. Neste momento, busca-se o equilíbrio entre os valores e bens envolvidos na situação em análise. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito se utiliza da ponderação com respeito às possibilidades jurídicas, enquanto as máximas da necessidade e da adequação se valem dos princípios como mandamentos de otimização em relação às possibilidades fáticas. Nas etapas da necessidade e da adequação trabalha-se com probabilidades, dados estatísticos, pesquisas empíricas, vale dizer, utiliza-se argumentos de ordem fática. Já nesta etapa do processo, no momento da análise da proporcionalidade em sentido estrito, o discurso é jurídico, e não de base empírica. O exame da proporcionalidade em sentido estrito encerra o sopesamento entre o nível de interferência no direito fundamental atingido e a importância da concretização do direito fundamental que com aquele colide, para perceber o grau de resistência da limitação de determinado direito em benefício de outro. Então, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que a fundamentam não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao outro direito fundamental atingido. Ou seja, no estágio da terceira máxima da proporcionalidade, o intérprete realiza a verdadeira ponderação, verificando se a medida produz vantagens superiores aos prejuízos gerados com a sua aplicação. A solução do conflito passa pela justificação racional da precedência de um direito sobre o outro.

<sup>(34)</sup> Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 61.

<sup>(35)</sup> Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 46.

Ademais, como já sinalizado, a sociedade democrática e pluralista assume a existência de diversos conflitos de interesses e busca resolvê-los de forma equilibrada e equânime, com respeito simultâneo aos valores em oposição. Pode-se dizer que a proporcionalidade encerra o cerne do Estado Democrático que pode ser traduzido na idéia do equilíbrio; na existência equilibrada e pacífica de valores em conflito.

Assim, certo é que a existência simultânea de diversos direitos fundamentais, que ostentam o mesmo *status* e proteção constitucional, demanda um mecanismo que permita flexibilidade em situações de conflito, evitando que se recorra à estipulação de hierarquia entre estes direitos. A estipulação de hierarquia entre tais direitos afigura-se nos inadmissível, já que todos os direitos encerram valores máximos, considerados fundamentais para a existência e sobrevivência digna do homem.

Desta forma, defendemos a aplicação – de forma racional e sistematizada – do princípio da proporcionalidade como mecanismo de ponderação de valores e instrumento de proteção aos direitos fundamentais, em situações de conflito entre estes direitos, tendo sempre, como balizador desta ponderação, o princípio da dignidade humana, que agrega a essência de todos os direitos considerados fundamentais. Nesta perspectiva, dada a complexidade das questões que se colocam nos dias atuais, a utilização do princípio deve ser estimulada e cada vez mais apoiada em bases transparentes e objetivas.

Lembre-se que a ponderação de valores, a adoção de soluções equilibradas e a busca pela convivência harmônica são anseios prementes nas sociedades democráticas contemporâneas, além de serem indispensáveis ao alcance do pluralismo.

Sem dúvida, no momento atual, o equilíbrio e a ponderação encontram-se intrinsecamente vinculados ao êxito do regime democrático e do pluralismo e todo mecanismo fundado nestas premissas deve ser valorizado e aplicado, sobretudo na seara dos direitos fundamentais, em busca da promoção de uma ordem social mais equânime e justa, pautada na garantia de um tratamento isonômico eficaz a todos os cidadãos, com respeito às suas diferenças e peculiaridades.

---

(<sup>1</sup>) VERONICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

---