

* publicado no livro “Princípios processuais civis na Constituição”, coordenado por Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283-319)

O TEMPERO DA PROPORCIONALIDADE NO CALDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG²

Sumário:

- 1) Daniela Cicarelli
- 2) De onde vem a proporcionalidade? (fundamentação jurídico-positiva)
- 3) O que é a proporcionalidade: não um princípio, mas um critério
- 4) Como é a proporcionalidade: os momentos do critério da proporcionalidade (adequação e necessidade)
- 5) Nem só de restrições vive a proporcionalidade: a proibição de proteção insuficiente
- 6) Proporcionalidade, razoabilidade e caso concreto: fundamentação e argumentação

1) Daniela Cicarelli

Há um direito fundamental de fazer amor na praia ou no mar e ser deixado em paz. Essa é uma manifestação da liberdade das pessoas, com implicações na privacidade. Quem “ousa” fazer amor na praia ou no mar expõe-se deliberadamente em certa medida e, assim, tem diminuída sua esfera de privacidade, mas dela não abdica completamente. Mesmo que o espaço seja público, não se pode devassar completamente a privacidade das pessoas, que guardam em algum grau a possibilidade de determinação sobre o que querem expor. No mais, importa verificar se há conflito com outros direitos fundamentais ou determinações jurídicas, como seria – mas não foi – se outras pessoas que por ali estivessem pudessem justificar um atentado ao pudor (especialmente se houvesse crianças no local).

Num país de longo e exuberante litoral, como o Brasil, onde há uma “cultura da praia”, cenas de amor à beira ou dentro do mar não são bizarras. É certo que o episódio folhetinesco, cujo enquadramento jurídico – numa interpretação pessoal (existe outra forma de interpretação?) – adiantei, deu-se (e a utilização desse verbo é proposital, evocativa) numa praia da Espanha, porém com personagens brasileiras: o “caso Daniela Cicarelli”, conhecida modelo e apresentadora de programa de televisão, que teve a filmagem das cenas de carícias trocadas com o namorado divulgada na Internet.

¹ O presente texto retoma e desenvolve minha exposição no IV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania, promovido pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC e coordenado pelo Prof. Dr. ZULMAR FACHIN, ocorrido em Londrina (PR), março de 2007.

² Procurador Regional da República, Mestre e Doutor em Direito pela UFPR, Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE) de Bauru-SP.

O caso, como tantos outros, envolve conflito de direitos e pode ser resolvido com o emprego da proporcionalidade, esse importante critério jurídico, especialmente útil à solução de problemas que envolvam concorrência ou colisão de direitos fundamentais.³

Importa, inicialmente, identificar os direitos fundamentais em jogo e seu respectivo âmbito normativo.⁴ No caso, há o direito fundamental à *privacidade* (encontrado em diversos dispositivos da Constituição brasileira e de modo evidente no art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”) e o direito fundamental à *imagem* (art. 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”)⁵, por um lado; e por outro, o direito fundamental de *informação* (art. 5º, XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”) e de *comunicação* (art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”) – que se relacionam ao direito fundamental de *expressão* (art. 5º, IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”). Sem prejuízo de outros enquadramentos possíveis, eventualmente mais genéricos, como o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o objetivo de uma sociedade livre (art. 3º, I) e que promova o bem de todos (art. 3º, IV).

As pessoas famosas, especialmente os artistas que buscam e se beneficiam da notoriedade, expõem-se deliberadamente e provocam um interesse maior da população em geral.⁶ O âmbito de sua privacidade é parcialmente diverso e protegido com menos rigor do que o das pessoas comuns: “Esses indivíduos, oportuno advertir [com certa severidade, DOMINGOS FRANCIULLI NETTO e THIAGO LUÍS SANTOS SOMBRA], conservam o direito à intimidade e à imagem em relação a sua esfera íntima, embora recebam uma profunda invasão de privacidade”.⁷ É certo que o direito à reserva não desaparece e depende muito, para configurar-se, do contexto.

Um aspecto a levar em conta é a intenção dos sujeitos, que não perdem a capacidade de determinação quanto àquilo que querem conservar privado. Deve ser mantida na esfera de disponibilidade própria uma avaliação quanto ao conteúdo das informações (no caso, cenas de sexo), à forma de captação (cenas gravadas), ao meio e intensidade de divulgação (rede mundial de informática – Internet, com fortíssima exposição).

³ CLÈMERSON MERLIN CLÈVE e ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE, 2003 : 232-234.

⁴ DANIEL SARMENTO, 2000 : 99-102.

⁵ LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, 2005 : 143-144.

⁶ GUILHERME DÖRING CUNHA PEREIRA, 2002 : 99-103.

⁷ 2005 : 115.

O tipo de atividade desempenhada também conta; assim, os lugares e fazeres que guardem pertinência com a profissão (no caso dos artistas, que tenham relação com o mundo artístico) estão mais afetados, quer dizer, têm uma proteção de privacidade menos intensa. Deve-se considerar ainda o objeto da divulgação: um fato da “vida pública”, como um flerte ou uma discussão em uma festa, são muito mais suscetíveis de divulgação do que um fato da “vida privada”, como buscar os filhos na escola. Outro aspecto que nem sempre merece a devida consideração é a forma da divulgação: uma nota nos meios de comunicação é muito mais tolerável do que uma fotografia; cenas filmadas e divulgadas para o mundo todo via Internet são muito mais agressivas. ERNESTO BENDA, com base no conceito norte-americano de “privacy”, enfatiza “a reserva dos diferentes âmbitos de existência face à Sociedade em volta”⁸, do que podemos extrair que as pessoas querem e podem ter expectativas de privacidade diferentes conforme as situações em que se encontrem. Por conseguinte, são aspectos específicos que definem a possibilidade e a extensão da divulgação.

Para solucionar o problema em foco, o critério da proporcionalidade propõe o enfrentamento de questões tais como se a pretendida proibição de divulgação das imagens contribui para a proteção da privacidade; se há outro meio de eficácia semelhante para proteger a privacidade, e que restringe menos o direito de informação e a liberdade de comunicação; se é razoável o grau de restrição da liberdade de comunicação (a não-exibição das cenas, até com o bloqueio dos provedores, se necessário) em função do grau de proteção da privacidade.

A sentença do “caso Cicarelli” foi de improcedência do pedido (ação inibitória “que objetiva obrigar os réus a cessarem imediatamente, sob pena de multa diária, a exibição do vídeo e das fotos dele extraídas”)⁹, infelizmente. A antecipação de tutela solicitada fora indeferida pelo juiz, mas, por meio de agravo de instrumento, foi liminarmente concedida pelo Tribunal de Justiça e em seguida confirmada. Por causa do descumprimento do acórdão do agravo, um dos autores pediu o bloqueio de acesso à página eletrônica de um dos provedores, o que também foi indeferido pelo juiz. Por força de novo agravo de instrumento, determinou-se a instalação de “filtros impeditivos do acesso ao vídeo..., com o esclarecimento posterior de que, na impossibilidade técnica de cumprimento da medida, não deveria haver bloqueio do acesso ao *site* todo” (conforme a sentença). Os réus argumentaram que “os autores, quando resolveram namorar à luz do dia em famosa praia da Espanha, abriram mão do direito à intimidade e à privacidade, em prol talvez de uma fantasia ou algo do gênero”, como se também as fantasias dos amantes não pudessem ser protegidas de superexposição. Fundamentou o magistrado que, “com os recursos atuais da tecnologia, os autores deveriam saber que suas imagens poderiam ser captadas por qualquer um e

⁸ 1996 : 130.

⁹ Processo nº 583.00.2006.204563-4, 23ª Vara Cível Central de São Paulo, Juiz GUSTAVO SANTINI TEODORO, 18/06/2007.

colocadas na *internet*. Deixaram que sua intimidade fosse observada em local público, razão pela qual não podem argumentar com violação da privacidade, honra ou imagem para cominar polpudas multas justamente aos co-réus”. Porque nenhum segredo haveria a guardar, também revogou-se o segredo de justiça inicialmente determinado ao processo. Infelizmente.

2) De onde vem a proporcionalidade? (fundamentação jurídico-positiva)

Diante da franca admissão e ampla utilização do critério da proporcionalidade, a discussão a respeito de seu fundamento jurídico-normativo perde importância e destina-se mais a satisfazer um apelo formal. Não nego que o ordenamento jurídico seja por excelência a fonte das normas, nem que a aceitação acrítica de postulados simplesmente porque são “admitidos na prática” é perigosa. Parece-me apenas que um postulado admitido e utilizado largamente no Direito de sociedades democráticas tenha evidente fundamentação jurídica. Todavia, que a evidência não seja assim tão tranqüila, revela-o a polêmica a propósito de qual seria esse fundamento.

O princípio do Estado de Direito seria a matriz da proporcionalidade, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.¹⁰ DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, igualmente embasados em fontes alemãs, consideram esse princípio sob o ângulo formal, reduzido à legalidade, e, assim, “insuficiente para descrever o efeito e fundamentar a validade da proporcionalidade”.¹¹ Entretanto, uma compreensão mais substantiva do princípio do Estado de Direito, que inclua a promoção dos direitos fundamentais, oferece esteio jurídico para a proporcionalidade.

Nessa linha, o critério da proporcionalidade derivaria da disposição constitucional que vincula o legislador – e não somente ele, também o Executivo e o Judiciário – aos direitos fundamentais. O art. 1.3 da Constituição da Alemanha dispõe que “[o]s direitos fundamentais relacionados a seguir vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como direito imediatamente aplicável”. O art. 18.1 da Constituição de Portugal é ainda mais amplo: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”. Num crescendo, a Constituição do Brasil dispõe amplamente que “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), sem excluir destinatários. “[A] proporcionalidade se deduz – deduzem DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS –, como muitas vezes se afirma na Alemanha, da própria essência do sistema dos direitos fundamentais, garantindo seu respeito por meio de sua limitação racionalmente controlada.”¹² Ocorre que o critério da proporcionalidade é de tão

¹⁰ LUÍS AFONSO HECK, 1995 : 176.

¹¹ 2007 : 180.

¹² 2007 : 193.

larga aplicação que não se resume aos direitos fundamentais (embora seja no âmbito destes que a proporcionalidade encontre maior relevância). Por exemplo, as prerrogativas de certos agentes públicos (juízes e parlamentares, para ilustrar) devem ser fixadas levando-se em conta a adequação e a necessidade ponderadas.

Permitido seja abrir um parêntese para notar que a proporcionalidade tem como destinatário qualquer sujeito que deva fazer valer direitos (às mais das vezes, fundamentais). Conquanto a referência mais freqüente seja aos legisladores, que, ao editarem normas restritivas de direitos fundamentais, devem observar a proporcionalidade das restrições, os demais órgãos do Poder Público – administradores, juízes etc. – também deverão empregar a proporcionalidade ao enfrentarem questões de direitos fundamentais. E quando em jogo direitos fundamentais na esfera particular (por exemplo, questões de família, contratuais, trabalhistas – como a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa: Constituição, art. 7º, XI), de modo semelhante, a proporcionalidade funcionará como critério de solução, conforme apontam os citados dispositivos das Constituições portuguesa e brasileira. Finalmente, será abordado adiante como não apenas a defesa de direitos fundamentais, em atitude de garantia contra ações indevidas, mas ainda a promoção de direitos fundamentais, em atitude de prestação contra omissões indevidas, desafia a utilização da proporcionalidade.

De volta à discussão sobre o fundamento jurídico-positivo da proporcionalidade, a derivação a partir dos direitos fundamentais leva PAULO BONAVIDES ao princípio da igualdade, “sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito”.¹³ Radicalizando, pode-se chegar ao fundamento último do critério da proporcionalidade, situado na cláusula da dignidade humana. Essa identificação parece ser fundamentalmente verdadeira, porém – nessa generalização – pouco elucidativa, “dado o alto grau de abstração e imprecisão” do “sobreprincípio” da dignidade humana, conforme adverte WILSON ANTÔNIO STEINMETZ.¹⁴

O princípio do devido processo legal, no sentido de “garantias previstas juridicamente” (ANDRÉ RAMOS TAVARES)¹⁵, é apontado por importante doutrina e jurisprudência brasileiras como outra fonte possível do critério da proporcionalidade.¹⁶ Enfatiza-se uma concepção procedimental, calcada no “estabelecimento de formas de participação suficientemente intensiva e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida”, segundo WILLIS SANTIAGO GUERRA

¹³ 1996 : 395.

¹⁴ 2001 : 165.

¹⁵ 2006a : 626.

¹⁶ GILMAR FERREIRA MENDES, 1999 : 71-87.

FILHO.¹⁷ Com efeito, o critério da proporcionalidade reclama um procedimento judicioso para sua aplicação, com especial cuidado na proteção dos direitos fundamentais em jogo.

Outros dispositivos constitucionais específicos são invocados: inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), princípio republicano (art. 1º, *caput*), cidadania (art. 1º, II), *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (art. 5º, LXIX), *habeas data* (art. 5º, LXII), direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”)...¹⁸

Outras cláusulas gerais contidas em documentos legislativos oferecem guarida à proporcionalidade. Referindo-se ao Direito Internacional, ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS aponta “três grandes fundamentos implícitos reconhecidos pela Corte [Européia de Direitos Humanos]”: as hipóteses previstas de restrições aos direitos humanos baseadas no “interesse público”, as “necessárias a uma sociedade democrática” e aquelas derivadas de outros direitos contidos na Convenção Européia de Direitos Humanos.¹⁹

Ainda que a abundância de disposições expressas nos textos constitucionais, por mais ou menos genéricas que sejam, não oferecesse suporte ao critério da proporcionalidade, restaria reconhecê-la como “princípio implícito, que serve para densificar, reforçar, outros princípios que estão agasalhados na Lei Maior”, como pontua WALBER DE MOURA AGRA (2007 : 124).

Atribuimos ao critério da proporcionalidade uma natureza precipuamente formal, a fornecer uma metodologia de aplicação em casos de conflito de direitos (às mais das vezes, fundamentais). Dessa caracterização da proporcionalidade antes como “critério” (formal) do que como “princípio” (material) decorre a desnecessidade de fundamentação no plano do Direito positivo, pois estamos no plano da aplicação do Direito (da Ciência do Direito). Ressalvada a relatividade dessa distinção, que tem mais apelo explicativo do que correspondência à realidade, podemos situar o fundamento do critério da proporcionalidade na natureza das normas que ele tem como objeto, normas de tipo principiológico. Essa a lição de ROBERT ALEXEY, para quem “a máxima da proporcionalidade... infere-se logicamente do caráter de princípio, quer dizer, dele é dedutível”.²⁰

Não há porque sustentar uma derivação única. Ao contrário, a pluralidade de fundamentos normativos²¹ reforça a presença do critério da proporcionalidade no ordenamento jurídico. A busca de fundamento(s) normativo(s) para a proporcionalidade em dispositivos explícitos e implícitos de uma determinada Constituição é válida, contudo, como exercício de justificação.

¹⁷ 1999 : 81.

¹⁸ LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, 2002 : 42, referindo diversos autores.

¹⁹ 2005 : 142-144.

²⁰ 1993 : 111-112.

²¹ WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, 2001 : 167; LENIO LUIZ STRECK, 2004 : 520.

A discussão acerca da derivação juspositiva do critério da proporcionalidade é superada pela consagração textual em documentos jurídicos. A Constituição do Estado de São Paulo, por exemplo, preceitua que a administração pública deverá obedecer, dentre outros, ao princípio da razoabilidade (art. 111), homólogo da proporcionalidade. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia dispõe expressamente no art. 52.1, sobre o âmbito dos direitos garantidos: “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.”²²; a Carta foi incorporada ao Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, de 2004 (art. II-112.1)²³.

Em resumo, seja extraíndo a proporcionalidade de algum dispositivo expresso em Constituições (ou documentos internacionais), ou de algum princípio implícito; seja extraíndo-a de vários; seja extraíndo a proporcionalidade de cláusulas gerais restritivas de direitos; seja extraíndo-a da estrutura e dinâmica das normas principiológicas; seja a consagração textual do próprio “princípio” da proporcionalidade, o importante é reconhecer-lhe fundamento no Direito vigente e na hermenêutica jurídica, o que é hoje admitido tranquilamente.

3) O que é a proporcionalidade: não um princípio, mas um critério

Não considero que a proporcionalidade seja um princípio jurídico, e isso por três razões:

a) de *conteúdo*: a proporcionalidade nada diz sobre um valor fundamental projetado no ordenamento jurídico, apenas se dirige a relações que se estabelecem entre normas jurídicas de conteúdo “material”, quer dizer, que consagram importantes valores sociais (tais normas jurídica é que são autênticos princípios). Estamos a falar de um preceito de natureza formal: como aduz WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, a proporcionalidade “caracteriza-se por ser uma estrutura formal de aplicação das normas-princípios”.²⁴ O conteúdo da proporcionalidade não se refere a valores que devem orientar o comportamento das pessoas; portanto, não contém uma determinação de comportamento aos destinatários do Direito. O conteúdo da proporcionalidade refere-se a como certas normas devem ser aplicadas; portanto, contém uma determinação aos intérpretes do Direito. Princípios mesmo são aqueles que dizem algo “diretamente”: livre iniciativa, boa-fé, presunção de inocência... A proporcionalidade apenas diz como devemos proceder quando houver conflito entre determinados direitos. Acho alguma virtude explicativa nessa distinção, mas

²² ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, 2005 : 146.

²³ OLIVIER DUHAMEL, 2005 : 326.

²⁴ 2001 : 172.

atribuo-lhe uma importância menor, mais teórica do que prática, e ainda assim relativa, pois a proporcionalidade tem um conteúdo mais ou menos definido e impõe-se juridicamente ao intérprete do Direito, tanto que a não-observância da proporcionalidade pode conduzir à anulação do ato, da decisão. Trata-se, pois, de um critério, uma régua, uma ferramenta;

b) de *objeto*: enquanto as normas jurídicas referem-se a comportamentos em geral (ex: Código Comercial de 1850, art. 500: “O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de 100\$000 (cem mil réis) por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora.”), a proporcionalidade refere-se às normas jurídicas, às relações entre elas no momento de aplicá-las (a proporcionalidade é critério de aplicação de normas, especialmente de princípios): a proporcionalidade é um preceito (“metanorma”) que estabelece “a estrutura de aplicação de outras normas”, no dizer de HUMBERTO ÁVILA.²⁵ Por conseguinte, as normas referem-se diretamente a comportamentos e a proporcionalidade refere-se indiretamente a comportamentos, pois refere-se diretamente às normas jurídicas que estabelecem os comportamentos (se bem que essa também é uma distinção relativa, eis que a proporcionalidade refere-se impositivamente – como norma jurídica específica – ao comportamento que o aplicador das normas jurídicas em geral deve ter);

c) de *pertinência*: enquanto os princípios, em sua qualidade de normas jurídicas “de primeiro grau”, funcionam como comandos impositivos de condutas (são do Direito), a proporcionalidade funciona como regra de interpretação/aplicação do Direito (são da Ciência do Direito).²⁶ Essa precisão conceitual, que se reflete no plano da linguagem, não passou despercebida a ROBERT ALEXY (1993 : 112), que recusa a qualificação da proporcionalidade como princípio, entendendo tratar-se de “regra”. HUMBERTO ÁVILA qualifica essa categoria de “postulado normativo aplicativo”.²⁷

LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA acrescenta mais uma razão, relativa à (d) *incidência*: “O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicada de forma constante, sem variações”.²⁸ Assim, a proporcionalidade teria o caráter de regra jurídica, não de princípio. Fica reforçada a distinção.

De nossa parte, preferimos atribuir à proporcionalidade a designação de “critério” simplesmente.

²⁵ 2003 : 79-80.

²⁶ ROTHENBURG, 2003 : 88.

²⁷ 2003 : 79-80.

²⁸ 2002 : 25.

4) Como é a proporcionalidade: os momentos do critério da proporcionalidade (adequação e necessidade)

A compreensão e utilização da proporcionalidade dá-se por intermédio de sua análise em momentos (aspectos, máximas ou princípios parciais, subprincípios, níveis). Essa decomposição advém da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, com aportes doutrinários. Preferimos a designação “momentos”, pois o termo dá idéia de etapas sucessivas e prejudiciais, que devem ser vencidas pelo intérprete, uma após a outra. Como afirma WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, há entre os momentos “uma progressão de tipo lógico”.²⁹

O que se busca é uma decomposição analítica da relação fundamental entre meio e fim (semelhante à relação causa-efeito), para verificar se a intervenção jurídica (às mais das vezes, uma restrição a direito fundamental) é coerente e razoável em face da finalidade pretendida. Quem compreende bem os termos dessa relação consegue empreender uma utilização correta da proporcionalidade, ainda que não siga o padrão de raciocínio.

4.1) Divisão tripartida

Os momentos da proporcionalidade variam em número e seqüência, segundo entendimentos ligeiramente divergentes. A formulação mais conhecida apresenta três momentos sucessivos:

1º) *Adequação* (idoneidade, conformidade) – a capacidade de proporcionar, ou pelo menos contribuir para, o objetivo pretendido. Não se exige aptidão para *alcançar efetivamente* os objetivos previstos (idoneidade essa que uma prognose dificilmente consegue assegurar com certeza), bastando a *possibilidade de promover ou fomentar* o objetivo³⁰, ou seja, a provável idoneidade da restrição para proporcionar a finalidade almejada.

A aplicação da adequação ao “caso Cicarelli” permite sustentar que a proibição de veiculação das cenas de sexo entre os namorados (esse o meio, restritivo dos direitos de informação e comunicação) mostrar-se-ia hábil a proteger-lhes a privacidade (esse o fim).

Talvez seja o aspecto mais fácil de ser cumprido e mais difícil de ser criticado. Um exemplo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: este considerou inconstitucional a exigência de atributo físico (altura mínima de 1,60m) para concurso público de escrivão de polícia, pois o meio empregado (exigência de altura mínima) não guarda pertinência lógica com o objetivo (selecionar escrivães de polícia).³¹ Por outro lado e mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal admitiu limite de idade (35

²⁹ 2001 : 154.

³⁰ LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, 2002 : 36.

³¹ Recurso Extraordinário 150.455-2/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 15/12/1998.

anos) para ingresso na Polícia Militar, instituído por lei do Estado de Roraima, tendo achado “razoável a faixa etária fixada”.³²

Quando o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei 1.949/1999, do Estado do Mato Grosso do Sul, que instituía pensão mensal para crianças geradas a partir de estupro, julgou que o meio eleito (concessão de dinheiro) não guardava pertinência lógica ao fim pretendido (manter a gravidez), se levado em conta o universo de atingidos (todas as mulheres vítimas de estupro), pois o benefício financeiro seria irrelevante – embora devido – às vítimas abastadas. Veja-se a decisão: “Ato normativo que, ao erigir em pressuposto de benefício assistencial não o estado de necessidade dos beneficiários, mas sim as circunstâncias em que foram eles gerados, contraria o princípio da razoabilidade, consagrado no mencionado dispositivo constitucional.”³³ Penso que o legislador teve em perspectiva, acertadamente, a maioria das vítimas de estupro. Ademais, é pouco provável que mulheres abastadas viessem a reivindicar tal benefício. Assim, a legislação seria constitucional. Mas esta crítica ao resultado da decisão não invalida a discussão quanto a seu fundamento, que reside na avaliação da adequação.

Outra questão que atormentava os juristas mereceu uma releitura do Supremo Tribunal Federal, que entendeu inconstitucional a exigência de prévio depósito de dinheiro ou arrolamento de bens e direitos, para a admissão de recurso em processo administrativo.³⁴ Foi mencionada pela Corte a violação ao “princípio” da proporcionalidade e, com efeito, parece-me que esse meio (o depósito prévio ou o arrolamento) não guarda pertinência lógica com o fim (interposição de recurso administrativo), pois a restrição representada pelo depósito prévio ou arrolamento não é potencialmente capaz de promover a interposição de recursos administrativos mais sensatos e melhor fundamentados: mesmo uma evidente incorreção da Administração, combatida por um excelente recurso, requereria o depósito prévio. Se o objetivo perseguido fosse simplesmente obstar a interposição de recursos administrativos, seria um objetivo ilícito, violador da garantia constitucional de “meios e recursos” inerentes à ampla defesa (art. 5º, LV).

2º) *Necessidade* (exigibilidade, indispensabilidade, menor ingerência possível, intervenção mínima) – o meio utilizado deve trazer o menor sacrifício possível para se alcançar com semelhante eficácia o objetivo pretendido. Perceba-se que a averiguação da necessidade do meio em relação ao fim é complexa, pois reclama o exame concomitante de dois aspectos: a menor restrição ao direito e a maior eficácia de resultado. Será preciso, em concreto, proceder a “*uma comparação entre outras hipóteses igualmente*

³² Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.774 MC/RR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 25/10/2006.

³³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.019-6/MS, rel. Min. Ilmar Galvão, 02/08/2001.

³⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 18/05/2007.

adequadas” (RODRIGO MEYER BORNHOLDT)³⁵. Subjacente à idéia de necessidade, especialmente no tocante aos direitos fundamentais, está a suposta equivalência básica entre eles³⁶, que exige o menor sacrifício de uns na estrita medida da melhor promoção de outros.

No “caso Cicarelli”, os provedores de Internet que armazenavam as imagens foram instados a tirá-las de veiculação, mas afirmaram que não havia como fazê-lo, porque inúmeras e diversas fontes re-inseririam as imagens em circulação. Portanto, a retirada dos próprios provedores seria a única alternativa vislumbrada (daí porque não se poder pretender um sacrifício menor) para obter o resultado com semelhante grau de eficácia.

Ao declarar a inconstitucionalidade da legislação eleitoral que vedava a divulgação de pesquisas eleitorais por qualquer meio de comunicação, a partir do décimo quinto dia anterior até às dezoito horas do dia do pleito (Lei 11.300/2006, art. 35-A), o Supremo Tribunal Federal deve ter considerado que outros meios menos gravosos, como o controle sobre as pesquisas, seriam suficientemente eficientes. Colhe-se da decisão que essa proibição, “além de estimular a divulgação de boatos e dados apócrifos, provocando manipulações indevidas que levariam ao descrédito do povo no processo eleitoral, seria, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com o objetivo pretendido pela legislação eleitoral que é, em última análise, o de permitir que o cidadão, antes de votar, forme sua convicção da maneira mais ampla e livre possível”.³⁷

O Supremo Tribunal Federal teve por descabido o acesso a informações bancárias (“quebra do sigilo bancário”) relativas a contas CC-5 (depósitos mantidos por não-residentes em bancos brasileiros, e que podem caracterizar evasão de divisas), por não se haverem esgotado outros meios de prova – no caso, o exame de material fornecido pelo próprio indiciado.³⁸ Existiam pois, segundo a Corte, alternativas menos gravosas, com o que o meio empregado (acesso a informações bancárias) revelou-se desnecessário.

A decisão da Justiça do Trabalho em Pernambuco que não aceitava o limite de R\$ 900,00, fixado pelo Município de Petrolina, para precatórios de pequeno valor (Constituição, art. 100, §§ 3º e 5º), foi cassada pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu ser essa uma competência do Município, que deveria “respeitar o princípio da proporcionalidade” (expressão do relator), aferível, entre outros fatores, em função da capacidade orçamentária.³⁹ Avaliou-se, penso, a necessidade da medida: o meio menos gravoso (ao Município) e suficientemente eficaz (ao credor). É possível criticar o mérito da decisão, pois desconsideraram-se outros parâmetros, como o do art. 87 do ADCT, de 30 salários mínimos para os

³⁵ 2005 : 168.

³⁶ INGO WOLFGANG SARLET, 2005 : 105.

³⁷ Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.741/DF, 3.742/DF e 3.743/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 06/09/2006.

³⁸ Inquérito 2.206 AgR/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 10/11/2006, com menção a razoabilidade e proporcionalidade.

³⁹ Reclamação 4.987 MC/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 07/03/2007.

Municípios enquanto não fossem publicadas as respectivas leis, e o da Constituição do Estado do Piauí (que é mais pobre do que Pernambuco), de 5 salários mínimos. A consideração desses parâmetros; o valor do limite fixado (R\$ 900,00) em relação ao salário mínimo (que era então de R\$ 360,00, ou seja, aquele limite correspondia a menos de 3 salários mínimos); e a capacidade de um dos principais Municípios de Pernambuco autorizariam decidir pela violação da proporcionalidade, por não ser necessária a fixação de limite tão estreito.

3º) *Proporcionalidade em sentido estrito* – deve ser razoável, proporcionada, a restrição imposta, em relação ao objetivo pretendido⁴⁰, exigindo-se “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”, sopesamento que “busca atingir um grau ótimo de realização para todos” (LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA)⁴¹; trata-se do “princípio da justa medida” (WILSON ANTÔNIO STEINMETZ)⁴², que visa ao “equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental” (ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS)⁴³.

Essa avaliação para o “caso Cicarelli” levaria à discussão sobre se o grau de afronta ao direito de privacidade das pessoas envolvidas (invasão de privacidade em grau máximo, por revelar cenas de sexo) é suportável em relação ao grau de restrição do direito à expressão e informação pública (restrição também em grau máximo, pois significaria a proibição de divulgação das cenas mediante a suspensão de exibição dos próprios provedores).

O Supremo Tribunal Federal considerou “desproporcional” a fixação do prazo de prisão por até um ano de depositário infiel que, estando preso há mais de 90 dias, havia vendido o bem: a prisão por tanto tempo seria inútil para compelir o devedor a apresentar o bem.⁴⁴

Em polêmica decisão que representou a mudança de jurisprudência da Corte, declarou-se inconstitucional a proibição contida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, sobre crimes hediondos, de progressão no regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, que deveria, portanto, ser executada integralmente no regime fechado. Dentre outros fundamentos, o Supremo Tribunal Federal considerou desrespeitada a proporcionalidade com que se deveria medir o princípio da individualização da pena: art. 5º, XLVI, da Constituição.⁴⁵

4.2) Divisão quadripartida

⁴⁰ GILMAR FERREIRA MENDES, 1999 : 72 e 87.

⁴¹ 2002 : 40 e 44.

⁴² 2001 : 154.

⁴³ 2005 : 136.

⁴⁴ *Habeas Corpus* 87.638/MT, rel. Min. Ellen Gracie, 04/04/2006.

⁴⁵ *Habeas Corpus* 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23/02/2006.

Uma divisão mais detalhada e muito didática, “em quatro passos sucessivos”, é oferecida por DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, preocupados com a precisa qualificação da proporcionalidade como critério jurídico seguro e o mais objetivo possível para solucionar questões de direitos fundamentais.⁴⁶

1º) constitucionalidade do fim – importa verificar se o propósito perseguido pela restrição a direito fundamental é compatível com o ordenamento jurídico, ou seja, a “licitude do propósito perseguido”; do contrário, o que se tem é um “objetivo constitucionalmente inaceitável”.

Ofereço como exemplo a legislação sobre impenhorabilidade do chamado “bem de família” (Lei 8.009/1990), que protege um “patrimônio mínimo” – essencial à vida digna (LUIZ EDSON FACHIN⁴⁷) – da execução de credores, sendo compatível com a Constituição: dignidade (art. 1º, III), direito à moradia (art. 6º), impenhorabilidade da pequena propriedade rural (art. 5º, XXVI), proteção à família (art. 226). Em sentido contrário, a proibição privada de que homossexuais frequentassem academias de musculação: ainda que, de fato, se verificasse que eles afastassem prováveis usuários (o que é altamente duvidoso), as academias não poderiam negar-se a admiti-los, pois isso contrariaria a vedação de discriminação contida no princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e XLI).

A virtude, em termos de racionalidade, de se admitir um primeiro momento de exame relativo à licitude do fim está em rechaçar desde o início propósitos incompatíveis com o Direito vigente. Mas esse exame tende a ser muito óbvio. Quando não, ou seja, quando a desconformidade do objetivo da restrição para com o ordenamento jurídico não for tão evidente, ela somente revelar-se-á como *resultado* do exame completo da proporcionalidade; portanto, surgirá ao final do “teste” de proporcionalidade e não desde o início. Essencialmente, a compatibilidade com o Direito vigente é uma relação que tem de estar presente em cada momento do exame da proporcionalidade. Assim, para ilustrar, não se pode dizer juridicamente adequada uma medida restritiva (por exemplo, o impedimento de que índios circulem por área onde realizadas pesquisas agrícolas, que corresponde ao território por eles tradicionalmente ocupado), ainda que seja certo que essa medida promova de maneira ótima uma finalidade constitucionalmente almejada (aumentar a produtividade agrícola com “incentivo à pesquisa e à tecnologia”: art. 187, III), se o (outro) propósito da Constituição é, claramente, garantir aos índios os direitos originários sobre essas terras (art. 231).

2º) constitucionalidade do meio – consiste em verificar se as formas empregadas na restrição a direito fundamental são compatíveis com o ordenamento jurídico, ou seja, a “licitude do meio utilizado”. São simples os exemplos: utilização de provas ilícitas para combater a impunidade (violação ao art. 5º, LVI, da

⁴⁶ 2007 : 198-223.

⁴⁷ 2001 : 3.

Constituição); utilização da tortura para obter confissão ou como punição (violação ao art. 5º, XLIII e XLVII, “e”), estabelecimento da pena de morte para reduzir a criminalidade (violação ao art. 5º, XLVII, “a”) – todas elas medidas efetivamente aptas a alcançar finalidades previstas no Direito vigente, mas incompatíveis com os padrões jurídicos.

Reitera-se a crítica anterior: esse exame da compatibilidade do meio restritivo com o ordenamento jurídico ou é óbvio – e então pouco importante – ou não é evidente – e então é mais complexo e envolve uma avaliação global da proporcionalidade. Sendo assim, também a compatibilidade do meio restritivo com o ordenamento jurídico tende a revelar-se como *resultado* do exame completo da proporcionalidade e não uma etapa inicial; a “licitude” deve ser verificada em cada momento do “teste” da proporcionalidade e não apenas nas fases iniciais. A relação entre o meio empregado e a finalidade almejada é a própria adequação; portanto, o exame da conformidade dos “elementos” desta ao ordenamento jurídico (licitude do fim e licitude do meio) é indissociável do – quando não esgota o – exame da própria adequação.

3º) adequação – para DIMOULIS e MARTINS, importa se, comprovadamente, a restrição é capaz de proporcionar o resultado pretendido; eles destacam o caráter prático que esse exame deve ter, ao buscar “uma conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas perseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado”.⁴⁸ Ressaltam também que, “em caso de dúvida sobre a adequação da medida deve ser respeitada a vontade do legislador ordinário, ainda que não seja possível, em razão das circunstâncias, comprovar com certeza quase matemática a adequação”. De modo mais geral, o interessante e avançado nessa perspectiva é o crédito que se dá à realização de experiências jurídicas.

4º) necessidade – é avaliado se não há outro meio de realizar a restrição com menor sacrifício e igual eficiência. DIMOULIS e MARTINS apontam para uma vantagem desse exame, que “traz dinâmica ao controle de constitucionalidade e relaciona-o aos fatos reais e à mudança social”. Advertem também que se tem de proceder a uma “exaustiva pesquisa e descrição” dos meios adequados e de seu impacto, para se poder “decidir sobre a necessidade de adotar o meio escolhido”.⁴⁹

4.3) Divisão bipartida

Perceba-se que DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS não incluem a proporcionalidade em sentido estrito entre os momentos do critério da proporcionalidade. Concordam eles que “falta uma medida objetiva, cientificamente comprovada para a ponderação”, e que a legitimação preferencial dos legisladores (o espaço de conformação normativa) não deve ser usurpada pelo Poder Judiciário, visto que

⁴⁸ 2007 : 206-207.

⁴⁹ 2007 : 216 e 219.

nem ele, nem a doutrina, “são detentores de uma balança de precisão que permitiria medir e ponderar direitos”.⁵⁰

Discordo desses fundamentos, pois acho que é possível, necessário mesmo, que se faça a ponderação dos direitos em jogo, pelos operadores jurídicos. Acho também que a democracia comporta e recomenda uma relação dialética de “desmentidos” entre Legislativo e Judiciário.⁵¹ A possibilidade de avaliação da atuação de outros atores constitucionais apresenta problemas de funcionamento e de legitimidade, no contexto do relacionamento entre os Poderes de Estado, mas é uma (nova) realidade que precisa ser francamente enfrentada, conforme adverte NÉVITON GUEDES.⁵² Somente a dinâmica do processo democrático e a seriedade das instituições, com interferências recíprocas, oferecem possibilidade de soluções aceitáveis.

Concordo, contudo, com a veemente advertência que DIMOULIS e MARTINS fazem quanto a tais “perigos”. E concordo ainda – o que mais importa ao presente ensaio – com a desconsideração da proporcionalidade em sentido estrito, que não se sustenta como categoria autônoma.

Os momentos da adequação e da necessidade dão conta de todos os aspectos da proporcionalidade. Outras pretendidas divisões não passam de desdobramentos dessas duas ou inserem-se em alguma delas. Sendo a adequação uma análise da relação entre meio e fim, a compatibilidade do propósito perseguido com a Constituição (licitude do fim) aí se insere. Assim também a compatibilidade do meio empregado com a Constituição (licitude do meio), e que pode ainda ser proposta em relação à necessidade, que avalia comparativamente (em função do propósito almejado) o grau de afetação dos direitos em jogo provocada pelo meio restritivo. Não creio, pois, que o aspecto da proporcionalidade em sentido estrito tenha autonomia. Trata-se de um fator relacional, de sopesamento, que mede a intensidade e, assim, já é considerado em cada um dos momentos “anteriores” (da adequação e da necessidade).

A adequação, em sua formulação negativa, aponta para uma pretensa inidoneidade absoluta (o meio nunca seria adequado para a promoção do objetivo); e, em sua formulação positiva, requer a apresentação de diversas alternativas. Em ambas as formulações, trata-se de uma avaliação ponderada, como reconhecem diversos estudiosos, pois importa “encontrar formas para medir sua relação [do meio] com o fim almejado (grau de adequação)” (DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS)⁵³; é o que também assevera ANDRÉ RAMOS TAVARES: “São ‘pesadas’ e comparadas, numa perspectiva jurídica, as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim”.⁵⁴ Ora, essa necessária ponderação entre meio e

⁵⁰ 2007 : 226-232.

⁵¹ ROTHENBURG, 2007 : 430-439.

⁵² In JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, 2003 : 87-88.

⁵³ 2007 : 220.

⁵⁴ 2006a : 666.

fim é própria do que boa parte da doutrina considera “proporcionalidade em sentido estrito”, mas que se realiza no momento mesmo da adequação.

Suponhamos, para ilustrar, que o escoamento da produção agrícola de uma região do interior possa fazer-se por vários meios de transporte, mas desde já se exclui a aviação (com construção de aeroporto), que exige um investimento muito alto, não é capaz de transportar um volume grande de carga e provoca severo impacto ambiental. Restam as estradas, que já existem mas devem ser ampliadas, a ferrovia, que existe mas está desativada, e um ambicioso projeto de hidrovia. Uma avaliação da finalidade revelaria conflito entre a livre iniciativa e a política agrícola, por um lado, e a proteção ambiental, de outro, todos eles ligados a direitos fundamentais e todos objetivos lícitos. Uma avaliação dos meios partiria do descarte das alternativas aérea e aquática (esta, por demandar uma radical inovação de elevados custos, inclusive de tempo). Desde logo foi preciso comparar e ponderar. Ainda é preciso decidir se o transporte será rodoviário ou ferroviário, a partir do resultado anterior, segundo o qual ambas as modalidades são adequadas. Avaliar agora qual é o meio menos gravoso e mais eficiente já é ingressar no exame da necessidade.

Também e talvez mais fortemente, a necessidade não consiga ser satisfeita sem que se proceda a uma medida de grau. “Na realização do exame da necessidade – apontam DIMOULIS e MARTINS – há o problema da mensuração do impacto ou gravidade dos meios. (...) [Um dos problemas é] saber qual entre os meios propostos é o menos gravoso para o titular do direito (grau de intensidade).”⁵⁵ Somente deverá ser considerado necessário o meio que menos afete os direitos em jogo e que alcance o objetivo com uma eficácia satisfatória, e nessa ponderação já se concentra a proporcionalidade em sentido estrito.

Se o que se pretende com o exame da proporcionalidade em sentido estrito é oferecer uma pauta racional de aplicação do Direito em caso de conflito, então a proporcionalidade em sentido estrito nada acrescenta, pois a exigência de realização de “testes” sucessivos para uma avaliação rigorosa da relação entre meios restritivos e finalidades almejadas é satisfeita com o emprego dos momentos da adequação e da necessidade. Ademais, a proporcionalidade em geral (em sentido amplo) não se resume a uma estrita avaliação de meios em relação a fins: ela compreende sobretudo – na lúcida observação de JUAREZ FREITAS – “que estamos obrigados a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos”.⁵⁶

Se o objetivo é eliminar o quanto possível avaliações subjetivas, então a proporcionalidade em sentido estrito prova contra si mesma, pois é o mais “aberto” (susceptível de apreciação subjetiva) dos aspectos. O problema não está no subjetivismo, que é humano, necessário: “Não se pode, está dito, erradicar jamais uma salutar dose de subjetividade, porquanto a liberdade, felizmente, é traço inextirpável no ato humano

⁵⁵ 2007 : 220.

⁵⁶ 2001 : 232.

de julgar” (JUAREZ FREITAS).⁵⁷ Mas o problema acentua-se quando se concentra num aspecto (a proporcionalidade em sentido estrito) a maior carga de subjetivismo, ao invés de diluí-lo e acompanhá-lo de outras considerações mais objetivas (adequação e necessidade).

Tem-se, portanto, de realizar ponderação (sopesamento), que deve ser feita no caso concreto, mesmo que isso acentue o espaço de conformação do Direito pelo aplicador, especialmente o Judiciário. A atribuição de pesos (valores) diversos aos direitos em jogo é indispensável, mas ocorre já na avaliação da adequação e, sobretudo, da necessidade da medida adotada. Essa avaliação é sempre concreta e dinâmica, como observam CLÈMERSON MERLIN CLÈVE e ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE: “por se estar diante de relação axiológica mutável que outorga primazia axiológica a uma relação específica, podendo inverter-se em situação diversa”.⁵⁸

O direito à privacidade de Daniela Cicarelli e seu namorado deveria prevalecer, por ser mais importante na espécie, com sacrifício do direito de expressão e informação. Circunstâncias diferentes possibilitariam uma ponderação diversa: por exemplo, se fossem fotos mais discretas, o direito à privacidade deveria ceder; se os provedores oferecessem uma alternativa eficaz para evitar a divulgação, não deveriam ser retirados do ar.

ROBERT ALEXY afirma que, enquanto a adequação e a necessidade seriam avaliações feitas “com relação às possibilidades *fáticas*” (“las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades *fáticas*”), a proporcionalidade em sentido estrito seria uma avaliação feita “com relação às possibilidades jurídicas” (“De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas.”).⁵⁹ “O âmbito das possibilidades jurídicas – esclarece ALEXY – é determinado pelos princípios e regras opostos.”⁶⁰ Arrisco com alguma leviandade a seguinte objeção: por se tratar de problemas concretos de conflito entre direitos (fundamentais, às mais das vezes), será artificial a distinção entre os planos fático e jurídico, pois será sempre necessário considerar a realidade fática (que, de todo modo, integra o fenômeno jurídico). Mas essa realidade fática será “filtrada” pela dimensão “jurídica”.⁶¹ E, assim, já no plano conceitual, não se sustenta a distinção. Especificamente quando se considera a adequação, importa que a medida (por exemplo, restrições à divulgação de informações a respeito de alguém), além de “objetivamente” (faticamente) hábil a propiciar ou promover determinada finalidade (no caso, a tutela da privacidade), seja lícita (juridicamente viável).

⁵⁷ 2001 : 238.

⁵⁸ 2003 : 242.

⁵⁹ 1993 : 112-113.

⁶⁰ 1993 : 86.

⁶¹ FRIEDRICH MÜLLER, 2005 : 42-45; ANDRÉ RAMOS TAVARES, 2006b : 63-67.

Antes disso, a própria promoção da finalidade deve ser avaliada em termos jurídicos: a adoção de uma criança por um jovem que se mostra zeloso e responsável, mas é menor de idade, promove “objetivamente” os interesses da criança, porém essa não é uma promoção juridicamente válida.

Diga-se isso também da necessidade, um aspecto ao mesmo tempo fático e jurídico. Talvez o único modo viável de evitar as chuvas torrenciais em determinada região fosse uma intervenção drástica no ambiente natural (a terraplanagem de uma serra ou a devastação de uma mata); o reassentamento forçado da população parece inconcebível. Todavia, embora factível, seria juridicamente vedada uma intervenção daquelas, que teria conseqüências desastrosas para a natureza e violaria do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado (Constituição, art. 225).

Em suma, não há como separar as possibilidades fáticas das jurídicas e, então, não é válida a distinção entre os momentos da adequação e da necessidade – que estariam referidos às possibilidades fáticas, na perspectiva de ALEXY –, por um lado, e o momento da proporcionalidade em sentido estrito, por outro.

Na prática, nem sempre é possível distinguir analiticamente os momentos da adequação e da necessidade, que se imbricam. Eles apresentam-se com mais facilidade no plano acadêmico, como método de explicação, do que no plano concreto, como método de aplicação. Os “testes” aos quais as medidas restritivas de direitos devem submeter-se, e que servem de fundamentação satisfatória para as decisões, podem ocorrer “globalmente”, e o mais importante é que sejam feitos rigorosamente, mesmo que não se consiga situá-los precisamente em determinado “momento”. Dou como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal que, por maioria, não achou inconstitucionalidade na Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, art. 1º, § 2º (“Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.”), por considerar que a referida norma visa à proteção e segurança dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, salvaguardando-os de eventuais prejuízos decorrentes de irregularidades cometidas por profissionais estranhos ao exercício da advocacia, além de minimizar a possibilidade de enganos ou fraudes. Interessam aqui os votos vencidos⁶² e, a meu juízo, acertados, os quais tinham por inconstitucional o dispositivo impugnado, que teria caráter eminentemente corporativista e violaria o princípio da proporcionalidade, porquanto a medida interventiva nele prevista mostrar-se-ia inadequada, haja vista a ausência de qualquer relação plausível entre o meio utilizado e objetivos pretendidos pelo legislador, bem como desnecessária, em razão da existência de inúmeras outras alternativas menos gravosas para os interessados, no que diz respeito à boa elaboração dos atos constitutivos das pessoas jurídicas.⁶³

⁶² Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso.

⁶³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.194/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 18/10/2006.

Ora, se nem adequação e necessidade são tão diferentes assim, para que acrescentar ao caldo um complicador desnecessário, a proporcionalidade em sentido estrito?

5) Nem só de restrições vive a proporcionalidade: a proibição de proteção insuficiente

O critério da proporcionalidade foi concebido como técnica de solução de conflito entre direitos (sobretudo os fundamentais) que implica restrição. Essa importante perspectiva tem um acento “negativo”, pois o que se busca é uma *proibição de excesso*, quer dizer, a maior promoção possível do(s) direitos(s) em jogo, em face de uma restrição a menor possível. O “negativo” está na proibição de atuação desmedida.

A proporcionalidade pode mais, no entanto. Uma dimensão “positiva”, expressa pela *proibição de proteção insuficiente* (“Untermaßverbot”), liga-se à exigência de atuação bastante. Estamos no contexto de algum dirigismo constitucional, em que são impostas atuações em prol de direitos (às mais das vezes, fundamentais), importando que se busquem mecanismos jurídicos de combate e superação à indevida omissão (inconstitucional). A dimensão positiva (de proibição de proteção insuficiente) da proporcionalidade já é suficiente para diferenciá-la da mera idéia de proibição de excesso.⁶⁴

Assim, os promotores dos direitos em jogo (principalmente as autoridades públicas, legisladores à cabeça) estão obrigados a uma ação, não podem deixar de “alcançar limites mínimos” (PAULO GILBERTO COGO LEIVAS)⁶⁵ e, em certas situações, devem esforçar-se por *atingir medidas ótimas*. Exemplificando: não seria proporcionada, nesse sentido, apenas a matrícula dos filhos em boa escola, se os pais, em situação de conforto econômico, não oferecessem reforço especializado de aprendizado, desde que este se mostrasse necessário; o edital para restauro de um prédio histórico que deve transformar-se em museu poderia ser impugnado por violação à proporcionalidade, se não previsse condições de acesso a pessoas com mobilidade reduzida.

Trata-se, portanto, de estender o alcance do critério da proporcionalidade a situações que demandem, não uma técnica focada no controle das restrições a direitos, mas uma técnica focada no controle da promoção a direitos. A perspectiva “negativa”, centrada no combate a atuações indevidas, é completada pela perspectiva “positiva”, centrada no combate a omissões indevidas.

Com efeito, como ressalta DIETER GRIMM, isso representa “uma adaptação do princípio da proporcionalidade à função positiva dos direitos fundamentais”, já que “a proibição de ir longe demais

⁶⁴ LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, 2002 : 27.

⁶⁵ 2006 : 76.

(*Übermaßverbot*) e a proibição de fazer muito pouco (*Untermaßverbot*) são o mesmo mecanismo, visto por diferentes ângulos”.⁶⁶

Encontra-se uma menção ao duplo viés da proporcionalidade, que inclui, ao lado da proibição de excesso, a proibição de proteção deficiente, no voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (relator), do Supremo Tribunal Federal, que afirmou a constitucionalidade da Lei 9.534/1997, a estabelecer a todos a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito, para além do comando constitucional – art. 5º, LXXVI –, que contempla apenas os “reconhecidamente pobres”.⁶⁷

PAULO GILBERTO COGO LEIVAS refere a adaptação do critério da proporcionalidade, em seus três momentos tradicionalmente admitidos, à atuação em prol dos direitos fundamentais prestacionais (sociais): a adequação imporia o descarte do meio que não consiga alcançar o objetivo proposto, e a busca de outros meios adequados; a necessidade imporia a realização do objetivo exigido, com o sacrifício menos intenso das “posições jusfundamentais colidentes”; a proporcionalidade em sentido estrito imporia uma rigorosa ponderação, “considerando os graus de satisfação ou não-satisfação alcançados pelos meios adequados e necessários”.⁶⁸

O paralelo tem a virtude de demonstrar que o critério da proporcionalidade é uma ferramenta de aplicação dos direitos fundamentais em geral, em situação de concorrência ou conflito, seja por causa da defesa (proteção) que reclamam os direitos, seja por causa da promoção que demandam. As críticas que se possa fazer à análise tripartida da proporcionalidade estendem-se: não se vê autonomia, nem praticidade, na consideração da proporcionalidade em sentido estrito, aspecto que já é absorvido pelos momentos anteriores. Quanto ao aspecto da necessidade especificamente voltada ao dever de promoção dos direitos fundamentais, penso que deveríamos acentuar, não o menor sacrifício imposto aos demais (objetivo, contudo, que deve sempre ser perseguido), mas o maior benefício obtido pelo(s) direito(s) fundametal(is) cuja promoção se intenta; de qualquer sorte, menor sacrifício com maior proveito são facetas indissociáveis do processo dialético de máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Um exemplo. Uma pessoa, com base no direito fundamental social (prestacional) à saúde (Constituição, art. 196), requer que o Estado providencie uma cirurgia para correção de problema ortopédico. Há três alternativas viáveis: a cirurgia, de resultado mais imediato, mas alto custo; a fisioterapia, de resultado mais demorado, mas de baixo custo; tratamento analgésico, de resultado imediato e baixíssimo custo, mas que oferece apenas um paliativo. A avaliação médica é de que o problema ainda não é muito grave e pode ser contornado por algum tempo com o emprego paliativo de

⁶⁶ 2007 : 161-162.

⁶⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.800/DF, 11/06/2007.

⁶⁸ 2006 : 77-6.

analgésicos, fornecidos gratuitamente pelo Poder Público em postos de saúde. Porém, o problema tende a agravar-se e pode atingir, em alguns anos, gravidade tal que somente a cirurgia poderá corrigi-lo. Como o problema ainda não é muito grave, uma fisioterapia intensa pode resolvê-lo, com alguma demora e um pouco de desconforto ao paciente. A cirurgia, que se faria necessária dentro de alguns anos, é igualmente eficiente desde logo. O tratamento lenitivo à base de analgésicos não se mostra adequado, pois não é capaz de resolver o problema de saúde com eficiência; ademais, o paciente quer resolvê-lo o quanto antes, e sua expectativa é muito importante em termos de direitos fundamentais. Perceba-se que essa avaliação de adequação é sempre concreta, mas – e por isso mesmo – não prescinde de alguma ponderação. A cirurgia não é necessária, pois existe outro meio relativamente menos gravoso (a fisioterapia, que demanda mais tempo, porém compromete menos recursos públicos sempre escassos e potencialmente faltantes a outras pessoas em situação de maior gravidade, e submete o paciente a um desconforto suportável) e com eficiência (benefício) equiparável. Veja-se como o exame da necessidade envolve ponderações, inclusive o grau de razoabilidade da expectativa do paciente. Conclusão: é proporcionalmente mais indicada a fisioterapia, sendo desproporcionais o tratamento analgésico ou a cirurgia.

6) Proporcionalidade, razoabilidade e caso concreto: fundamentação e argumentação

Uma das utilidades do critério da proporcionalidade reside na possibilidade de aplicação específica do Direito aos casos concretos. No dizer de PAULO BONAVIDES, “com a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, o constitucionalismo mergulhou a fundo na existencialidade, no real, no fático...”⁶⁹

A generalidade do Direito é fundamental, mas não consegue dar conta da necessária conformação do Direito às especificidades das situações vividas. Para completar um sistema baseado em normas genéricas, que carecem de interpretação para poderem atuar, num processo dialético de afetação do texto pela realidade concreta e vice-versa, é importante a consideração do caso, do problema, do contexto, enfim, uma aproximação tópica. Isso porque a formulação genérica e textual da norma, dada pelo legislador (as “normas em forma verbal fixa”), nem sempre é suficiente: nem sempre “a justificação por dedução basta por si mesma” (NEIL MACCORMICK)⁷⁰. O critério da proporcionalidade atua, “em termos metodológicos”, como uma “exigência da tópica, apta a fornecer argumentos insuscetíveis de serem retirados diretamente do sistema”, nas palavras de RODRIGO MEYER BORNHOLDT.⁷¹ Diríamos nós que a

⁶⁹ 1996 : 385.

⁷⁰ 2006 : 73 e 93.

⁷¹ 2005 : 163.

tópica participa do sistema, pois possibilita que as normas, em sua aplicação concreta, sejam integradas ou corrigidas.

A proporcionalidade fornece abertura para a consideração das particularidades, ao mesmo tempo em que procura estabelecer parâmetros de racionalidade que conduzam essa aplicação tópica do Direito. Na lição de DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, a proporcionalidade caracteriza-se “como uma forma de resposta a problemas concretos e conflitos envolvendo direitos fundamentais que apresenta a vantagem de ser particularmente aberta a concretizações nacionais, sem deixar de ser racional”.⁷² ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS afirma que “esses graus de intensidade da intervenção e os diferentes pesos das razões justificadoras devem ser explicitados pelos tribunais em marcos argumentativos ostensivos e transparentes, justamente para evitar qualquer crítica sobre eventual decisionismo e arbítrio sem reflexão”.⁷³ Trata-se mesmo, como enfatiza ANDRÉ RAMOS TAVARES, de uma “exigência de racionalidade”.⁷⁴

Sendo exigência de racionalidade, a proporcionalidade haverá de ser manejada com rigor e sensibilidade. Daí a advertência de que não deva a proporcionalidade resumir-se a uma invocação de efeito, porém vaga, que causa viva impressão, mas nada esclarece, apenas um *topos*, “com caráter meramente retórico, e não sistemático”, como afirma LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA ao criticar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁷⁵

Para traduzir essa dimensão a um tempo prática, concreta e ajustada da proporcionalidade, utiliza-se com frequência a idéia de razoabilidade. Tenho a impressão de que se trata, com frequência e talvez sem cuidado, de mera troca de palavras para traduzir a mesma idéia. As distinções são superficiais e talvez residam na *origem e respectivo contexto cultural* (enquanto a proporcionalidade teria origem alemã, a razoabilidade teria origem inglesa); entre *gênero e espécie* (enquanto a proporcionalidade seria mais ampla, a razoabilidade corresponderia apenas a um dos aspectos daquela: a adequação ou, quem sabe, até a proporcionalidade em sentido estrito); na *relação estabelecida* (enquanto a proporcionalidade “exige a relação de causalidade entre meio e fim”, a razoabilidade “exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação”, sem que haja “entrecruzamento horizontal de princípios” – HUMBERTO ÁVILA⁷⁶).

Não me convence a alegação de que haveria diferença estrutural entre proporcionalidade e razoabilidade, e que “o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis”; bem como

⁷² 2007 : 178.

⁷³ 2005 : 140-141.

⁷⁴ 2006a : 657.

⁷⁵ 2002 : 31.

⁷⁶ 2003 : 102-103.

que “[a] regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins” (LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA)⁷⁷.

A razoabilidade é um chamamento à sensibilidade e ao bom senso do jurista, que deve esforçar-se por captar a expectativa jurídica da comunidade, conforme o pensamento de AULIS AARNIO: “somente os valores que possam lograr um consenso representativo na comunidade são aceitáveis como critério de decisão” (SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI)⁷⁸.

Interessante aplicação da razoabilidade – provavelmente traduzindo o aspecto da necessidade – foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados e do Diretor do Departamento de Pessoal dessa Casa, que havia reajustado os proventos da impetrante em obediência a decisão do Tribunal de Contas da União, que considerou ilegal a incorporação de “quintos” pela impetrante, em razão da *falta de um dia* para o implemento do tempo exigido para a aquisição da vantagem, tendo-se determinara a devolução dos valores percebidos. O Supremo Tribunal reconheceu a boa-fé da impetrante e determinou a restituição das quantias descontadas; reconheceu, mais, o direito à incorporação da vantagem, ao fundamento de que, em razão de a impetrante ter trabalhado no dia da publicação do ato de sua aposentadoria e em dias subsequentes, o tempo de exercício de fato da função pública, por gerar conseqüências, inclusive para fins de responsabilização por condutas ilícitas, deveria ser contado.⁷⁹

O Supremo Tribunal Federal referiu-se à razoabilidade – talvez como adequação – ao não admitir que, em concurso público, se levasse em consideração o tempo anterior de exercício justamente na mesma atribuição em disputa: “Mostra-se conflitante com o princípio da razoabilidade eleger como critério de desempate tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público.”⁸⁰

Em outras ocasiões, a razoabilidade vem sendo invocada. Ao declarar a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 9.096/1995, que estabeleciam “cláusula de barreira” aos partidos políticos, condicionando-lhes o funcionamento parlamentar a determinado desempenho eleitoral e conferindo-lhes diferentes proporções de participação no Fundo Partidário e de tempo disponível para a propaganda partidária (“direito de antena”), o Supremo Tribunal federal entendeu violado o princípio democrático e, especialmente sob a invocação da falta de razoabilidade por parte da lei, o art. 17, IV, da Constituição: “funcionamento parlamentar [dos partidos políticos] de acordo com a lei”.⁸¹

⁷⁷ 2002 : 29 e 33.

⁷⁸ 2002 : 120.

⁷⁹ Mandado de Segurança 23.978/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 13/12/2006.

⁸⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.522/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12/05/2006.

⁸¹ Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.351/DF e 1.354/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 07/12/2006.

A exposição de pessoas famosas em local público autoriza, em princípio, o exercício do direito à informação popular. Contudo, detenhamo-nos nas particularidades do “caso Cicarelli”. As pessoas famosas em questão afirmaram que não pretendiam exibir-se; estavam fazendo amor. O local público era uma praia. As imagens foram captadas por meio de filme e fotos detalhados. A divulgação ocorreu na Internet, vale dizer, em escala mundial. Normas jurídicas muito genéricas não conseguem apreender tantas facetas do real.

Técnicas de aplicação do Direito tais como o critério da proporcionalidade permitem uma maior aproximação. Aproximam o Direito, para afastar as câmeras, que obtiveram um grau de aproximação e indiscrição indevido.

Concluindo

A proporcionalidade é uma ferramenta útil e importante para o Direito, particularmente na solução de problemas que envolvem direitos fundamentais: é um tempero no caldo dos direitos fundamentais, que, como revela o “caso Cicarelli” – e mantendo a metáfora culinária –, ajuda que fiquem gostosos.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 117-144.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA Sérgio Sérulo da (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A justificação do Direito e sua adequação social*. Uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- DUHAMEL, Olivier. *Pour l'Europe. La Constitution européenne expliquée et commentée*. Paris: Seuil, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FRANCIULLI NETTO, Domingos; SOMBRA Thiago Luís Santos. O direito à imagem em locais públicos. In: *Direito à privacidade*. MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA Jr., Antonio Jorge. (Coord.) Aparecida: Idéias e Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 107-117.
- FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA Filho, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 226-248.

- GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-165.
- GUERRA Filho, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- 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, 1995.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MaCCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 429-440.
- _____. *Princípios constitucionais*. 2. tir. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006a.
- TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006b.