

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/12/2012

All'indirizzo <http://w.diritto.it/docs/34366-o-princ-pio-da-proporcionalidade-como-instrumento-efetivador-dos-direitos-fundamentais-e-de-acesso-justi-a>

Autori: Rogério Sato Capelari, Diego Prezzi Santos

O princípio da proporcionalidade como instrumento efetivador dos direitos fundamentais e de acesso à justiça

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE ACESSO À JUSTIÇA

Rogério Sato Capelari¹

<http://lattes.cnpq.br/4726181643915483>

Diego Prezzi Santos²

<http://lattes.cnpq.br/9132037314487051>

RESUMO: Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder estatal tanto no aspecto positivo quanto negativo, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. Como normas jurídicas intimamente ligadas à dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade surge como regra a ser aplicada para a solução de conflitos entre direitos fundamentais. De índole constitucional, a sua aplicabilidade e importância é categórico imperativo em uma sociedade, que tem como objetivo maior a busca por uma vida mais justa, fraterna e solidária.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Proporcionalidade, Dignidade da Pessoa Humana, Justiça, Solidariedade.

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AS EFFECTIVENESS INSTRUMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND ACCESS TO JUSTICE

ABSTRACT: Fundamental rights are legal norms, closely linked to the idea of human dignity and limiting the power, positive in the constitutional plan democratic state, which, given their importance axiological basis and legitimacy throughout the legal system. How closely linked to legal standards of human dignity, the principle of proportionality arises as a rule be applied to the solution of conflicts between fundamental rights. Of a constitutional nature, its applicability and importance is categorical imperative in a society that has as main objective the search for a more just, fraternal and solidarity.

¹ Mestrando do curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Coordenador do Programa de Graduação em Direito da Faculdade Catuaí; Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR; Especialista em Direito Penal e Processual pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Graduado pelo Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL.

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professor de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de Graduação no Instituto Catuaí de Ensino Superior (ICES). Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado Criminal.

KEY WORDS: Principle of proportionality, the Human Dignity, Justice, Solidarity.

INTRODUÇÃO

Por uma questão de convivência social, a ordem jurídica estabelece regras e impõe deveres cuja observância torna-se obrigatória a todos os indivíduos a ela sujeitos. Esse comando implica num *dever ético-moral-jurídico* que tem em vista coibir ofensa à esfera jurídica e moral de outrem. É por assim dizer, o fundamento do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no princípio de não lesar o próximo, em sua concepção ampla.

A análise dessa temática é feita na pesquisa em tela com a finalidade de permitir a compreensão da natureza, importância e uso dos direitos ligados à Dignidade, razão pela qual será pautado o estudo no método dedutivo e no bibliográfico com verificação de obras clássicas e de leituras modernas da doutrina nacional.

O foco é de encontrar o referido *dever jurídico* e mostrar que deve ser entendido em seu sentido mais amplo, de modo a expressar que o princípio da dignidade da pessoa humana deva prevalecer sobre outros, na medida de sua valoração jurídica constitucional.

Por tal motivo é que há necessidade de se enxergar o método/princípio da proporcionalidade como forma de acessar, sempre, a Ordem Jurídica Justa na resolução de conflitos.

Atualmente, permeia em nossa sociedade a freqüente utilização da palavra direitos fundamentais, utilizadas grosso modo, sem revestimento jurídico. De um lado, aceitável a utilização por parte da sociedade leiga que, sem culpa, adota os direitos fundamentais como guarida para todos os males. De outro, uma parte da comunidade jurídica em que insiste em atribuir a todas as demandas o manto da proteção dos direitos fundamentais, invocando-os divorciados de critérios que axiologicamente compõem tais direitos. É o uso banalizado da expressão.

Dessa maneira, é de se salientar que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, como determina o art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, bastando dizer que não necessitam de regulamentação para sua efetivação, são cláusulas pétreas, determinadas pela Constituição Federal em seu art. 60 § 4º, inciso IV e possuem hierarquia constitucional, valendo dizer que, se uma lei impedir ou dificultar desproporcionalmente a efetivação de um direito fundamental, há de ser considerada inconstitucional.³

³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

Portanto, os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético, que são valores básicos para uma vida digna em sociedade, vale dizer, a dignidade humana como base axiológica dos direitos fundamentais e um conteúdo normativo que reconhecem, sob o prisma jurídico que não é qualquer valor que há de ser colocado nesta categoria.⁴

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para a exata compreensão do termo direitos fundamentais, imperioso salientar que existem diversas terminologias utilizadas para designar ou determinar os direitos fundamentais: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos da pessoa humana, direitos da personalidade, direitos fundamentais do homem e direitos humanos fundamentais, como ressalta Zulmar Fachin.⁵

É de se observar que as inúmeras terminologias adotadas para o termo revelam-se fruto de transformação e ampliação dos direitos fundamentais ao longo da história do homem, oriundas de suas necessidades sociais e de seus esclarecimentos jurídicos. Ademais, não poderia ser de outra forma a questão das diversas nomenclaturas adotadas ao passar dos tempos, pois, o homem, indiscutivelmente, caminha para um pleno desenvolvimento de sua personalidade, ancorada em direitos e garantias fundamentais que corroboram para a construção de sua dignidade.

Assim, a dignidade do homem, como objetivo a ser alcançado pelo Estado e por toda a sociedade, determina a abertura de novos reconhecimentos de direitos, pois ao homem é dada a plena liberdade da busca pelo seu pleno desenvolvimento, desenvolvimento este que tem enraizado em seu núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Suzana de Toledo Barros alerta que o reconhecimento de novos direitos “traz ínsita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos”.⁶

É o pleno caminhar do homem em busca da sua felicidade.

José Afonso da Silva, em seu entendimento, prefere a denominação de Direitos Fundamentais do Homem:

⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 19.

⁵ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008, p. 207.

⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 93.

[...] constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no *nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.⁷

Há de se observar que o entendimento de José Afonso da Silva preceitua que os direitos fundamentais são logrados como consequência de uma sociedade livre, justa e solidária, que tem, como luz fundamental que irradia para todos os movimentos de uma sociedade, a busca pela dignidade da pessoa humana.

Ainda, nessa mesma orientação, José Afonso da Silva continua:

No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*.⁸

Importante salientar que o homem, durante sua existência, é dotado de prerrogativas que lhe conferem uma existência digna. É para esse mesmo homem que os direitos fundamentais existem: para que possam prover uma vida com dignidade. Não basta ter vida, é preciso tê-la com dignidade. Não basta ser livre: é preciso sê-lo com liberdade.

Assim, todo o arcabouço jurídico constitucional precisa ser interpretado tendo como destinatário final o homem em sua essência.

George Marmelstein define o conceito de direitos fundamentais como:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.⁹

Os direitos fundamentais em seus aspectos éticos ou materiais limitam o poder do Estado e protegem a dignidade da pessoa humana. Já nos aspectos normativos ou formais representam uma institucionalização e uma constitucionalização dos valores protegidos.¹⁰

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins utilizam o termo direitos fundamentais corroborando que este não é o único termo ou nomenclatura utilizados para designar tais

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, p. 182.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, p. 182.

⁹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

¹⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

direitos: liberdades individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos humanos, direitos constitucionais, direitos públicos subjetivos, direitos da pessoa humana, direitos naturais e direitos subjetivos, representam todo o arcabouço de terminologias adotadas no direito constitucional e nas Constituições em menção aos direitos fundamentais.¹¹

Definem o conceito de direitos fundamentais como:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.¹²

Conceitualizados os direitos fundamentais, urge salientar que o homem, ao viver e se relacionar em sociedade, muitas vezes tem seus direitos obstruídos, quando não suprimidos, seja pela própria ação de seus pares, seja pela atuação do Estado em sua competência de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Assim, para solucionar o conflito de choque de princípios ou colisão de direitos fundamentais, o critério da proporcionalidade é utilizado como método para a justificação de intervenções em direitos fundamentais e para solução de suas colisões.

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade como direitos inatos a pessoa é expressão do que se observa nas obras que estruturam a doutrina nacional e estrangeira.

O Código Civil Miguel Reale adotou uma vertente antropológico da Direito Civil, posto que consagrou num capítulo específico os Direitos da Personalidade através de uma série de cláusulas abertas de proteção.

Segundo Limongi França¹³ os “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”.

¹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 47.

¹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 49.

¹³ FRANÇA, Limongi Rubens. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1034.

A variabilidade de tais direitos é que permite o reconhecimento do rol dos Direitos da Personalidade como exemplificativo e densificado por tipos abertos, sob pena de – num país onde muitos novos direitos são debatidos – criar um engessamento das expressões do ser.

Carlos Alberto Bittar¹⁴ conceitua estes direitos como “[...] os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”.

Já Flavio Tartuce define direitos da personalidade da seguinte forma:

podem ser conceituados como sendo aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Surgem cinco ícones principais: vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade. Essas cinco expressões-chave demonstram muito bem a concepção desses direitos.¹⁵

Embora possa se observar uma divisão entre cinco pontos-chave, nota-se que não houve limitação ou cerceamento à visão de que há cláusulas e compreensões abertas, posto que se arvora a visão do autor em valores indissociáveis do ser que apresentam inúmeras expressões e pontos.

José Sebastião de Oliveira¹⁶ e Regina Menóia apostilam que os direitos da personalidade devem ser sempre observados sob o prisma criado pela Dignidade Humana, pois com a fortificação constitucional dos interesses no ser que ocorreu no século XX o principal alvo das normas passou a ser a proteção da pessoa.¹⁷

Fora superada a tímida previsão do Código Civil de 1916, porquanto “[...] embora o Código Civil de 1916 já contemplasse a personalidade de forma plena, ao dispor, em seu artigo 2º: ‘Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil’, os direitos da personalidade somente foram consolidados com o advento da Constituição de 1988, que inseriu a dignidade da pessoa humana como valor essencial em que se baseia nosso país.¹⁸

Houve, com esse novo belvedere, uma nova visão do Direito, como explica Luiz Luisi:

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 2.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7590>>. Acesso em: 20 set. 2011.

¹⁶ OLIVEIRA, J., MENOIA, R.. Aspectos Dos Direitos da Personalidade como Direito Constitucional e Civil. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, América do Norte, 9, nov. 2009. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1239/823>. Acesso em: 09 Set. 2011.

¹⁷ Ob. Cit., p. 3.

¹⁸ GOMES, Daniela Vasconcellos. Algumas considerações sobre os direitos da personalidade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 80, 01/09/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8264. Acesso em 20/09/2011.

As constituições promulgadas nos últimos decênios se caracterizam pela presença no elenco de suas normas de instâncias de garantia de prerrogativas individuais, e concomitantemente de instâncias que traduzem imperativos de tutelas de bens transindividuais ou coletivos. Ou seja: os princípios do Rechtsstaats e, ao mesmo tempo do Sozialstaats. Os primeiros configuram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania. Os segundos se fazem presentes na tutela dos valores sociais.¹⁹

Nota-se que essa formatação do Direito Privado Garantidor foi um pareamento feito entre este e o Direito Constitucional inaugurado em 1988 e que teve inspiração nos Ordenamentos internacionais.

Conforme diz Gustavo Tepedino, foi um novo momento no qual se viu a tutela direcionada para o “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”.²⁰

A pessoa apenas é tutelada se forem protegidos seus atributos naturais e esta é centro material do Ordenamento:

O ser humano é o primeiro e principal destinatário da ordem jurídica e, através da teoria da repersonalização do direito civil, o direito se revela um sistema ético, tendo como centro o ser humano, como primeiro de seus valores, repousando os fundamentos do ordenamento jurídico dentro da noção de dignidade do ser humano.²¹

Mesma é a visão de Luiz Edson Fachi para quem a Dignidade Humana não é mero texto e sim um repositório axiológico:

[...] A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar.²²

¹⁹ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 11.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 27.

²¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua Tutela*. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

²² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 2001. p. 190.

Os Direitos da Personalidade permitem - como Direitos emanados da Dignidade e direcionados à proteção da pessoa – o alcance da Ordem Jurídica Justa.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade não apresenta previsão expressa na Constituição da República do Brasil de 1988. Vale dizer, a proporcionalidade é elemento intrínseco de qualquer sistema constitucional de garantias fundamentais, atuando como instrumento de resolução do aparente conflito de princípios.²³

Diz Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Por essas razões a proporcionalidade é estudada como predileção e parece corresponder à atual postura de muitos integrantes do Poder Judiciário que consideram ser o emprego de técnicas “abertas” de ponderação algo que permita o aumento da intensidade de intervenção do Poder Judiciário no campo das decisões legislativas sobre os direitos fundamentais, sem abdicar da necessidade de oferecer justificativas jurídicas.²⁴

Luiz Antonio Rizzato Nunes diz que:

Examinando-se de perto, percebe-se, então, que o chamado princípio da proporcionalidade assemelha-se em tudo a um método de interpretação, quiçá um supermétodo, na medida em que é capaz e permite solucionar os aparentes conflitos mais importantes do sistema constitucional que visa garantir os direitos fundamentais e o Estado de Direito Democrático.²⁵

Ademais, a doutrina alemã, precursora da doutrina do princípio da proporcionalidade, em seu pensamento, desdobra o referido princípio em três aspectos, quais sejam a adequação, a exigibilidade ou necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação refere-se ao meio ser adequado para a consecução do resultado pretendido. A exigibilidade ou necessidade diz respeito ao meio escolhido ser o mais suave e ao mesmo tempo suficiente para proteger a norma constitucional. E por fim, a

²³ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 169.

²⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

proporcionalidade em sentido estrito é que numa relação de peso e importância, a medida deverá trazer mais benefícios do que prejuízos.²⁶

Ainda, conforme o Tribunal Constitucional alemão:

Esse princípio [da proporcionalidade], que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para proteção de interesses públicos.²⁷

A grande maioria da doutrina brasileira comunga que a regra da proporcionalidade encontra fundamento no princípio do Estado de Direito, como é o caso de Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso e Suzana de Toledo Barros. Tendência esta que encontra guarida em decisões do Tribunal Constitucional e na doutrina alemã.²⁸

Continua Luís Virgílio Afonso da Silva:

Em algumas decisões do STF, como já visto, esse fundamento é meramente pressuposto, o que em nada contribui para o deslinde da questão. Em várias outras, contudo, o tribunal encontra um fundamento para a proporcionalidade no inc. LIV do art. 5º.

[...] há a tese de que a proporcionalidade integra o direito positivo brasileiro por meio do § 2º do art. 5º, por decorrer do regime e dos princípios adotados na Constituição, defendida especialmente por Willis S G Filho e Paulo Bonavides.²⁹

Com referência ao princípio da razoabilidade, George Marmelstein diz que:

É preciso, desde logo, deixar claro que a proporcionalidade, no sentido aqui adotado, não é sinônimo de razoabilidade, embora seja comum encontrar, até em decisões do STF, esses termos sendo utilizados indistintamente. Verificar a proporcionalidade de uma medida que restringe determinado direito fundamental não é tão somente analisar se a medida é razoável. Trata-se, na verdade, de algo muito mais sofisticado e objetivo.³⁰

²⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

²⁷ SCHWAB, Jürgen, 2006, *apud* MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 409.

²⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: RT, v. 798, São Paulo: RT, 2002, p. 42.

²⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: RT, v. 798, São Paulo: RT, 2002, p. 43.

³⁰ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 409.

Ainda em relação à proporcionalidade e razoabilidade Luís Virgílio Afonso da Silva professa:

Aquele que se propõe analisar conceitos jurídicos tem que ter presente que nem sempre os termos utilizados no discurso jurídico guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica. Assim, se um pai proíbe a seu filho que jogue futebol durante um ano, apenas porque este, acidentalmente, quebrara a vidraça do vizinho com um bolada, é de se esperar que o castigo seja classificado pelo filho – ou até mesmo pelo vizinho ou por qualquer outra pessoa – como desproporcional. Poder-se-á dizer também que o pai não foi razoável ao prescrever o castigo. O mesmo raciocínio pode também valer no âmbito jurídico, desde que ambos os termos sejam empregados no sentido laico. Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos os sinônimos.³¹

A jurisprudência do STF continua Luis Virgílio Afonso da Silva, ressalta que “pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos”.³²

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”.³³

Exemplo pontual é a decisão da liminar do HC 76.060-4.³⁴

Suzana de Toledo Barros nos dá o exemplo de como a regra do princípio da proporcionalidade encontra fundamento no princípio do Estado de Direito:

³¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: RT, v. 798, São Paulo: RT, 2002, p. 23, 24.

³² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: RT, v. 798, São Paulo: RT, 2002, p. 31.

³³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: RT, v. 798, São Paulo: RT, 2002, p. 31.

³⁴ O Tribunal faz uso da regra da proporcionalidade nos seguintes termos: “O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular”.

A justificativa constitucional de um princípio reveste-se, ainda, de enorme importância prática. Entre nós, o reconhecimento da normatividade constitucional do *princípio da proporcionalidade* legitima-o a figurar como fundamento do recurso extraordinário, nos termos do inciso III do art. 102 da CF. Em relação à declaração de inconstitucionalidade, além de viabilizar o controle difuso das leis, sua inobservância pelo legislador pode ensejar o controle abstrato dos atos legislativos, por meio da ação direta (art. 102, I, a).³⁵

Os direitos e garantias fundamentais presentes em um Estado Democrático e Social de Direitos são, como de fato devem ser, princípios que conduzem a existência do homem em sua sociedade marcada por um pleno e constante desenvolvimento de sua personalidade, de sua existência, estando sempre em ligação umbilical com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a Constituição Federal, promulgada em 1988, foi feliz e se manteve cercada de garantias e direitos que afastassem a possibilidade da sociedade em questão de retornar ao império de um regime militar, promovendo alterações substanciais à proteção dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 manteve a garantia de eternidade (art. 60, § 4º, IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, II), ampliou o princípio da proteção judiciária (art. 5º, XXXV) com a criação de instrumentos processuais tendentes a coibir a omissão legislativa (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade, em seu art. 5º, LIV, como bem explica Suzane de Toledo Barros.³⁶

O princípio da proporcionalidade deita suas raízes no conteúdo normativo dos direitos e garantias fundamentais, fazendo com que toda e qualquer intervenção estatal na esfera dos direitos fundamentais se dê por necessidade, de forma adequada e na sua justa medida.

Dessa maneira, as intervenções do Estado nos conflitos que envolvem os direitos fundamentais podem e devem ser dirimidos pelo uso da regra da proporcionalidade, fazendo com que, em cada caso concreto de colisão de direitos fundamentais, haja a manifestação concreta dos atos dos cidadãos que buscam uma sociedade livre, justa, fraterna e solidária.

³⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 91, 92.

³⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 93.

Cabe ressaltar que, a denominação ‘princípio’ ora utilizada, deveria ser objeto de maior aprofundamento científico pois, corretamente, haveria de ser adotado como ‘regra’ e não ‘princípio’. Regra não admite exceções. Regra é regra. Princípio admite exceções.

Assim, sendo o ‘princípio da proporcionalidade’ regra a ser seguida por ocasião de colisão de direitos fundamentais, essa não pode ser flexibilizada no que tange às três condições de admissibilidade: adequação, exigibilidade/necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Regra é regra e esta é de vultosa importância para que haja alcance da Ordem Jurídica Justa por aqueles que buscam ver garantido todo o suporte humanitário contido no Ordenamento Jurídico.

4 DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: EM BUSCA DA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA

A regra da proporcionalidade embora presente na Constituição Federal de 1988 e na rica doutrina pátria, como já demonstrado, não basta para os três poderes do Estado³⁷ – embora quem julgue seja o Judiciário - aplicar a proporcionalidade baseada nas condições exigidas³⁸ sem fazer uso da interpretação do contexto histórico de uma sociedade.

É necessário que os membros que integram as partes desse Estado estejam inseridos, vivenciando, respirando os atuais e iminentes anseios de uma sociedade, até porque o Direito não consegue, mesmo que queira, acompanhar a evolução de um povo, em qualquer dos seus aspectos.

Inseridos e não orbitando na sociedade: este é o dever de todos os componentes da pólis. Fazer valer o sentimento de solidariedade, de fraternidade para assim, viver, legislar, administrar e julgar em favor do pleno alcance de uma vida com dignidade.

Diante dessa premissa, mister se faz necessário a observação de uma estrita interpretação pluralista, fraterna e sem preconceitos, conforme dita o preâmbulo constitucional, dos direitos fundamentais.

Com relação à interpretação conforme a Constituição é de bom alvitre salientar a obra do jurista alemão Peter Häberle – Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da

³⁷ Aos três poderes do Estado cabem, sem qualquer motivo de escusa, conhecer os anseios de uma sociedade e suas mazelas para, no exercício de suas funções, caminhar ao lado do povo em busca de uma vida digna, de uma existência que dignifique a pessoa humana.

³⁸ Adequação, exigibilidade ou necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Constituição – obra traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, em que o autor defende a tese de que é preciso adotar uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta.³⁹

Häberle diz que “todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete.”⁴⁰

Gilmar Ferreira Mendes diz que:

Em outro trabalho, já havia anotado Häberle que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (Es gibt keine Rechtsnormen, ES gibt nur interpretierte Rechtsnormen), ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. [...] A ampliação do círculo de intérpretes constituiria para Häberle apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação.

A interpretação conforme a Constituição, conforme Gilmar Ferreira Mendes citando Häberle é:

Um refinamento do processo constitucional, de modo a se estabelecer uma comunicação efetiva entre os participantes desse processo amplo de interpretação. Portanto, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.⁴¹

Interpretar conforme a constituição é analisar o contexto histórico do momento analisando o processo como um todo para que essa interpretação chegue o mais próximo possível dos anseios de uma sociedade; sociedade esta aberta e pluralista e, assim, sejam os processos ancorados numa compreensão de Justiça, onde se alcance a Ordem Jurídica Justa.

Vale dizer, interpretar a Constituição é interpretar os anseios do homem dentro de uma sociedade, procurando o correto entendimento daquilo que é necessário para que esse homem possa viver em sociedade, mais ainda, viver com dignidade.

Dessa maneira, é de responsabilidade dos integrantes dos poderes da União, bem como de todos os integrantes da sociedade, legislarem, administrarem e julgarem tendo sempre os

³⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9.

⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9.

⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 10.

olhos voltados para o homem, o homem em sua plenitude de realizações que lhe possam conferir dignidade.

Ao legislativo cabe a tarefa de legislar sempre com normas voltadas para o homem; ao administrativo, administrar sempre com vistas à realização dos direitos fundamentais do homem; ao judiciário, julgar sempre de acordo com os direitos fundamentais e quando de suas colisões com outros direitos fundamentais, encontrar no princípio da proporcionalidade a efetiva concretização do direito que contenha em sua essência a carga axiológica de maior valor. E à sociedade, olhar para o seus pares com olhos de solidariedade, com o coração repleto de amor e sensibilidade para enxergar em seu próximo uma pessoa de idêntica imagem. É fazer ao outro aquilo que gostaria de ser feito por você.

Ademais, importante é a realização de todas as necessidades do ser humano que lhe garantam uma existência digna acompanhadas do sempre “algo mais”. Esse aumento, esse algo mais em sua existência digna faz com que tenhamos uma sociedade sempre em direção ao alargamento do mínimo existencial, fazendo prevalecer a teoria do não retrocesso de uma sociedade, na aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Interpretar conforme a Constituição é concretizar a esperança de muitos cidadãos privados dos mais diversos tipos de situações e mazelas da saúde. Aliás, esperança é a roda viva que faz com que uma sociedade se mantenha viva; viva na esperança de que tudo será melhor, tudo será diferente.

Como é a *Lex Maxima* um referencial axiológico garantista, a única forma de se encontrar Justiça e, assim, a Ordem Jurídica Justa é fazer repousar o Direito sobre a própria Constituição Federal.

Mais uma vez, e por derradeiro, imperiosa a busca por uma sociedade que contemple a todos, de forma justa, fraterna e solidária, com a utilização da regra da proporcionalidade, a plena eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, em um horizonte não muito longínquo, a esperança renasce, a cada dia, com a certeza de que os direitos fundamentais não mais serão objetos de discussões e controvérsias.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais possuem valores básicos para que o homem possa viver dignamente em uma sociedade. Para isso, a Constituição Federal proclama como fundamento basilar o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado e toda a sociedade têm como objetivo o alcance e a real efetivação da dignidade do homem, sendo necessária estrita observação aos direitos e garantias fundamentais.

Nessa busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais do homem, surgem, a todo momento, colisões de direitos fundamentais onde, não necessariamente, um direito fundamental tenha que ser afastado permanentemente, mas temporariamente para que aquele outro seja efetivado.

Isso não significa que o afastamento temporário de um direito fundamental representa que eles possuam uma hierarquia a ser seguida, ou seja, que um direito esteja em um nível inferior ou superior a outro direito fundamental. Ao contrário, os direitos fundamentais estão no topo da pirâmide constitucional, irradiando seus preceitos para todas as demais normas princípios.

Assim, afastado temporariamente um determinado direito fundamental para que outro tenha sua aplicabilidade, seja total ou parcial, aquele volta ao topo da pirâmide para, novamente, integrar o rol dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, ao utilizarmos o afastamento de um determinado direito fundamental para que outro tenha sua plena eficácia em uma determinada colisão de direitos fundamentais, está o julgador a aplicar a regra da proporcionalidade.

Ao aplicar a regra da proporcionalidade, o homem, em sua existência, pode vivenciar os direitos fundamentais, que serão consubstanciados em uma existência digna. Vale dizer, que os direitos fundamentais são imprescindíveis para uma existência em que o homem, dotado da centelha divina, possa conviver de forma a ter uma vida digna. É a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Aos intérpretes da Constituição, que ouçam as boas vindas do preâmbulo, que busca, incessantemente, uma sociedade mais justa e repleta de paz e que tenham como objetivo a ser perquirido a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

REFERÊNCIAS

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

- BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BLOCH, Ernst. O princípio Esperança. Trad. Nélio Schneider. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais . 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.
- FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008.
- GOMES, Sergio Alves. Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LUIZI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2. ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MARMELSTEIN, George. Curso de direito fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SILVA, I., OLIVEIRA, José Sebastião de. Direito à imagem e liberdade de expressão à luz dos direitos da personalidade. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, América do Norte, 6, ago. 2007. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/319/178>. Acesso em: 16 Ago. 2012.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua Tutela. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.
- TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7590>>. Acesso em: 20 set. 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.