

**PRINCÍPIOS E REGRAS -  
PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE:  
O JUIZ EM FACE DA COLISÃO DE  
PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
TEORIA E PRÁTICA**

*Walter Claudius Rothenburg*

**Princípios e regras: uma distinção  
assentada, mas que não deve subestimar a  
semelhança entre as espécies de normas  
jurídicas.**

**Semelhanças: tanto se extraem regras de princípios, quanto se inferem princípios de regras; todo princípio tem algo de regra (ex.: moralidade) e toda regra tem algo de princípio (ex.: CR 167, § 1º: "*Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.*")**

Nenhum ordenamento jurídico seria suportado apenas por princípios (um Juiz livre demais), mas nenhum ordenamento jurídico seria suportado apenas por regras (um Juiz preso demais).

Contudo, para o Direito as regras são imprescindíveis – ex.: a remuneração dos Juízes e do MP, o prazo para interposição de embargos de declaração, as sanções administrativas para infrações de trânsito...

Contudo, para o Direito as regras são imprescindíveis e os princípios também – ex.: devido processo legal (CR 5º

LIV e LV) – **substância** X forma – exclusão de associação (STF, RE 201.819/RJ, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, 11/10/2005; RE 158.215/RS, rel. Min. Marco Aurelio, DJU 07/06/1996) e necessidade de advogado (STF, ADI 3.168/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 08/06/2006; Súmula Vinculante 5: "*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.*")

**Os princípios podem tornar a vida do Juiz mais fácil (superficialidade da fundamentação e liberdade do dispositivo) ou mais difícil (esforço argumentativo e tomada de posição ideológica) - ex.: "farra do boi" - cultura X ecologia (STF, RE 153.531/SC, rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, 03/06/1997)**

O "juiz Hércules" (Dworkin): ... *de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. ... ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules.*



O “juiz Hércules” (Dworkin) não pode ser sobrehumano para decidir assuntos humanos.



# PROPORCIONALIDADE

uma técnica de aplicação de normas jurídicas, muito utilizada para avaliar restrições a direitos fundamentais e resolver conflitos entre normas de mesmo escalão.

Não é um princípio, é um critério.

direitos

fundamentais:

**privacidade** (CR 5º X)

**imagem** (CR 5º V)

*X*

**informação** (CR 5º  
XIV)

**comunicação** (CR 5º  
IX)



A proibição de divulgação das imagens contribui para a proteção da privacidade?

Haveria outro meio igualmente eficaz para proteger a privacidade, e que restringisse menos o direito de informação e a liberdade de comunicação?



É razoável o grau de restrição da liberdade de comunicação (bloqueio do provedor) em função do grau de proteção da privacidade?

Esferas da privacidade sob disponibilidade do titular, quanto:

ao **conteúdo** (no caso, cenas de sexo),

à **forma** (cenas gravadas),

ao **meio** (divulgação pela Internet),

à **intensidade** (fortíssima exposição).



Como técnica jurídica e em face da importância dos direitos em jogo, a proporcionalidade deve ser manejada com rigor e sensibilidade.

Não deve ser invocada levemente, "**com caráter meramente retórico, e não sistemático**" (Luís Virgílio Afonso da Silva, 2002 : 31)

## Abordagem:

**I – Os aspectos ou momentos da proporcionalidade.**

**II – As distinções para com a razoabilidade.**

**III – A qualificação da proporcionalidade, não como princípio, mas como critério.**

## 1 - Os aspectos ou momentos da proporcionalidade

3 aspectos, em momentos sucessivos:

**a) Adequação** - capacidade/possibilidade de contribuir para o objetivo pretendido (uma relação de causa e efeito)

**a) Adequação** – STF considerou inconstitucional atributo físico (altura mínima de 1,60m) para concurso público de escrivão de polícia (RE 150.455-2/MS), e admitiu limite de idade (35 anos) para ingresso na Polícia Militar, instituído por lei de Roraima: “razoável a faixa etária fixada” (ADI 3.774 MC/RR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 25/10/2006).

**a) Adequação** – STF declarou a inconstitucionalidade da Lei 1.949, do MS, que instituía pensão mensal para crianças geradas a partir de estupro: “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.” (ADI 2.019-6/MS, rel. Min. Ilmar Galvão, 02/08/2001).

**l - Os aspectos ou momentos da proporcionalidade**

**b) Necessidade** ou exigibilidade – o meio utilizado deve trazer o menor sacrifício possível para se alcançar com eficácia o objetivo pretendido.

**b) Necessidade** – STF considerou inconstitucional a Lei 11.300/2006 (art. 35-A), 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...”, pois, além de estimular a divulgação de boatos e dados apócrifos, provocando manipulações indevidas que levariam ao descrédito do povo no processo eleitoral, ...

**b) Necessidade** – "... 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" (ADI 3.741/DF, 3.742/DF e 3.743/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 06/09/2006).

**b) Necessidade** – STF considerou descabido o acesso a informações bancárias (“quebra do sigilo bancário”) relativas a contas CC-5 (depósitos mantidos por não-residentes em bancos brasileiros), por não se haver esgotado outros meios de prova (no caso, o exame de material fornecido pelo próprio indiciado) – menção a razoabilidade e proporcionalidade (Inq 2.206 AgR/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 10/11/2006).

## I - Os aspectos ou momentos da proporcionalidade

**c) Proporcionalidade em sentido estrito** – deve ser razoável, proporcionada, a restrição imposta, em relação ao objetivo pretendidos (Gilmar Ferreira Mendes, 1999 : 72 e 87), 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...” (Luís Virgílio Afonso da Silva, 2002 : 40).

**c) Proporcionalidade em sentido estrito** – STF 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 (HC 87.638/MT, rel. Min. Ellen Gracie, 04/04/2006).

(falta de adequação)

## I - Os aspectos ou momentos da proporcionalidade

4 etapas (Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, 2007):

## I - Os aspectos ou momentos da proporcionalidade

- 1º) se o **propósito** perseguido pela restrição a direito fundamental é compatível c/ a Const.;
- 2º) se o **meio** empregado é compatível c/ a Const.;
- 3º) se a restrição é **adequada**, ou seja, se, comprovadamente, a restrição é capaz de proporcionar o resultado pretendido;
- 4º) se a restrição é **necessária**, ou seja, se não há outro meio de realizá-la c/ menor sacrifício e igual eficiência.

## I – Os aspectos ou momentos da proporcionalidade

Minha opinião:

- adequação e necessidade dão conta de todos os aspectos da proporcionalidade (outras divisões são desdobramentos dessas duas ou inserem-se em qualquer delas);
- proporcionalidade em sentido estrito é um aspecto relacional (sopesamento) que mede a intensidade e, assim, deve ser considerado em ambos os momentos da adequação e da necessidade.

## *proporcionalidade s. s. X necessidade*

O STF considerou inválida decisão da Justiça do Trabalho em Pernambuco que não aceitava o limite de R\$ 900,00, fixado pelo Município de Petrolina-PE, para precatórios de pequeno valor (CR 100 §§ 3º e 5º). O STF entendeu que essa era, sim, uma competência do Município, que deveria "respeitar o princípio da proporcionalidade" (expressão do relator), aferível, entre outros fatores, em função da capacidade orçamentária.

## *proporcionalidade s. s. X necessidade*

Desconsideraram-se outros parâmetros, como o do art. 87 do ADCT, de 30 salários mínimos para os Municípios enquanto não fossem publicadas as respectivas leis, e o da CE do Piauí (5 salários mínimos). A consideração desses parâmetros; o valor do limite fixado em relação ao salário mínimo (R\$ 900,00, que corresponde a menos de 3 SM) e a capacidade de um dos principais Municípios de PE autorizariam decidir pela violação da proporcionalidade/necessidade (Rcl 4.987 MC/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 07/03/2007).

## *adequação e necessidade confundem-se*

O STF, por maioria, julgou improcedente o pedido de inconstitucionalidade em relação ao § 2º do art. 1º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia): “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.” (ADI 1.194/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 18/10/2006).

## *adequação e necessidade confundem-se*

Considerou-se 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.

## *adequação e necessidade confundem-se*

Vencidos os Ministros M. Aurélio, G. Mendes, J. Barbosa, C. Britto e C. Peluso, que consideraram que o dispositivo impugnado tem caráter eminentemente corporativista e viola o princípio da proporcionalidade: a medida interventiva prevista mostra-se 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.

## I – Os aspectos ou momentos da proporcionalidade

A proporcionalidade também tem uma dimensão “positiva”, para avaliar omissões indevidas que não promovam suficientemente os direitos (fundamentais) em questão: **proibição de proteção insuficiente** (*Untermassverbot*).

## I – Os aspectos ou momentos da proporcionalidade

**proibição de proteção insuficiente** – STF, ADI 1.800/DF, 11/06/2007, voto do relator Min. Ricardo Lewandowski: constitucionalidade da Lei 9.534/1997 (gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito), mais do que o art. 5º, LXXVI (apenas aos “reconhecidamente pobres)

## II – Razoabilidade / Proporcionalidade (distinções)

- a) origem e contexto cultural: proporcionalidade – origem alemã; **razoabilidade – origem inglesa**
- b) gênero e espécie: proporcionalidade – mais ampla; **razoabilidade – apenas a um dos aspectos daquela (adequação ou, talvez, proporcionalidade s.s.)**
- c) quanto à relação: proporcionalidade “exige a relação de causalidade entre meio e fim”; **razoabilidade “exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação”, sem que haja “entrecruzamento horizontal de princípios”** (Humberto Ávila, 2003 : 102-103)

## II – Razoabilidade / Proporcionalidade (distinções)

A razoabilidade, no entanto, é um chamamento à sensibilidade e ao bom senso do jurista, que deve captar a expectativa jurídica da comunidade:

**“somente os valores que possam lograr um consenso representativo na comunidade são aceitáveis como critério de decisão”** (Samantha Chantal Dobrowolski, *A justificação do Direito e sua adequação social. Uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio*, 2002 : 120).

## II – Razoabilidade / Proporcionalidade (distinções)

STF, MS 23.978/DF (rel. Min. Joaquim Barbosa, 13/12/2006), impetrado contra ato do Presidente e do Diretor do Depto. de Pessoal da Câmara dos Deputados que reajustara os proventos da impetrante em obediência a decisão do TCU, que reputara ilegal a incorporação de “quintos”, em razão da falta de um dia para o implemento do tempo exigido para a aquisição da vantagem, e determinara a devolução dos valores percebidos...

... Por considerar presente a boa-fé da impetrante, o STF concedeu a ordem, para determinar à autoridade coatora que restituísse as quantias descontadas durante o período de seu pagamento até a data da publicação da decisão do TCU. Reconheceu-se o direito à incorporação da vantagem, ao fundamento de que, no caso, em razão de a impetrante ter trabalhado no dia em que publicado o ato de sua aposentadoria, bem como em dias subseqüentes, o tempo de exercício de fato da função pública, por gerar conseqüências, inclusive para fins de responsabilização por condutas ilícitas, deveria ser contado.

## II – Razoabilidade / Proporcionalidade (distinções)

Ex. em que o STF toma por razoabilidade a adequação: “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.” (ADI 3.522/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12/05/2006)

### III – A qualificação da proporcionalidade, não como princípio, mas como critério (regra)

1) conteúdo: a proporcionalidade nada diz sobre um valor fundamental projetado no ordenamento jurídico, apenas se refere a relações que se estabelecem entre normas jurídicas (especialmente princípios) que consagram valores "materiais" (nesse sentido, a proporcionalidade aproxima-se da igualdade).

### III – A qualificação da proporcionalidade, não como princípio, mas como critério (regra)

2) objeto: enquanto as normas jurídicas (especialmente princípios) referem-se a valores, a proporcionalidade refere-se às normas jurídicas (especialmente princípios), às relações que se estabelecem entre elas (a proporcionalidade é critério de aplicação de princípios);

## III – A qualificação da proporcionalidade, não como princípio, mas como critério (regra)

3) pertinência: enquanto os princípios, normas jurídica que são, funcionam como comandos impositivos de condutas – são do Direito, a proporcionalidade funciona como regra de interpretação/aplicação do Direito – são da Ciência do Direito (Walter C. Rothenburg, 2003; Humberto Ávila, 2003 : 79-80 – “postulados normativos aplicativos”).

# COLISÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Metodologia – um procedimento racional e fundamentado para a análise das restrições a direitos fundamentais:

- 1º) definição da “área de proteção” (“programa normativo”) do direito fundamental;
- 2º) em caso de colisão, identificação dos demais direitos fundamentais (ou outros valores constitucionais) envolvidos;
- 3º) implicação recíproca (sopesamento);
- 4º) regra de decisão.

CR 5º XII: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"

a) as exceções referem-se apenas às comunicações telefônicas?

b) e apenas no âmbito criminal?

c) dados sobre recursos públicos estão cobertos?

d) valem para pessoas jurídicas?

Metodologia – 1º) definição da “área de proteção” (“programa normativo”) do direito fundamental:

CR 5º XII: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

CR 5º XII: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"

- trata-se de um dispositivo que associa a possibilidade de restrição legal (direito fundamental sob reserva qualificada de lei) com a possibilidade de restrição geral

- a) as exceções não se referem apenas às comunicações telefônicas, mas as demais formas de comunicação não estão sujeitas às restrições sob reserva de lei qualificada;
- b) as exceções não se aplicam apenas ao âmbito criminal;
- c) dados sobre recursos públicos não estão cobertos, pois não compõem a privacidade (salvo quando integrem dados de contas bancárias);
- d) contemplam pessoas jurídicas.

STF, MS 21.729/DF (Banco do Brasil S/A X Procurador-Geral da República), rel. p/ ac. Min. Néri da Silveira, 05/10/1995 (informações sobre financiamentos públicos a empresas do setor sucroalcooleiro):

5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição.