



O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NOVAS LEITURAS

Prof. Gilmar Mendes

Advogado Geral da União. Professor Adjunto da Universidade de Brasília – UnB. Doutor em Direito pela Universidade de Münster.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo[1].

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*)[2].

Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicat os *motivi interiori della volizione legislativa*[3]. Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isto envolveria o próprio mérito do ato legislativo[4].

Na Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* assentou, em uma de suas primeiras decisões (23-10-1951), que a sua competência cingia-se à

apreciação de legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência (*Zweckmäßigkeit*). Todavia, “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial”[5].

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas[6]. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (*Verbot der Ermessensmissbrauchs; Verbot der Ermessensüberschreitung*). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa (*Ermessensunterschreitung; der Ermessensmangel*) parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo[7].

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismäßigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins[8]. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito[9].

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.

Assim, em decisão proferida em março de 1971, o *Bundesverfassungsgericht* assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins[10], acrescentando que “*uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico*” – BVerfGE, 25:1(12).

O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que:

“os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”[11].

A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. É o que se constata em decisão do *Bundesverfassungsgericht*, na qual, após discutir aspectos relativos à eficácia e adequação de medidas econômicas consagradas em ato

legislativo, concluiu-se que o legislador não havia ultrapassado os limites da discricionariedade que lhe fora outorgada[12].

O Tribunal reconhece que o estabelecimento de objetivos e a definição dos meios adequados pressupõem uma decisão de índole política, econômica, social, ou político-jurídica[13]. Esse juízo inerente à atividade política parece ter determinado uma postura cautelosa do Tribunal no exame relativo à adequação das medidas legislativas[14]. A inconstitucionalidade de uma providência legal por objetiva desconformidade ou inadequação aos fins (*Zwecktauglichkeit*) somente pode ser constatada em casos raros e especiais (*gelagert*) (*Bei Anwendung dieser in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Grundsätze wird die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Massnahme aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zweckuntauglichkeit nur selten und in ganz besonders gelagerten Fällen festgestellt werden können*)[15].

Embora reflita a delicadeza da aplicação desse princípio no juízo de constitucionalidade, tal orientação não parece traduzir uma atitude demissionária quanto ao controle da adequação das medidas legislativas aos fins constitucionalmente perseguidos.

Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, diz o *Bundesverfassungsgericht*, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”[16].

No Direito português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional[17], consagrando-se, no art. 18, 2, do Texto Magno, que “*a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”.

O princípio da proibição de excesso, tal como concebido pelo legislador português, afirma Canotilho, “constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador”[18].

Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)[19], pressupõe não só a legitimidade dos meios

utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)[20].

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos[21].

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa[22]. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*[23]. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)[24]. É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que, nem sempre, a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz[25].

Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um “controle de sintonia fina” (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão[26].

2. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

É interessante notar que a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – tanto quanto é possível identificar – está intimamente relacionada com a proteção ao direito de propriedade. No RE nº 18.331, da relatoria do eminente Ministro Ozimbo Nonato, deixou-se assente, *verbis*:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “détournement de pouvoir”. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado”[27].

Em 21 de fevereiro de 1968, teve o Tribunal oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de norma constante da Lei de Segurança Nacional, que obstava que o acusado de prática de crime contra a Segurança Nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada, tal como previsto art. 48 do Decreto-Lei nº 314, de 1967:

“Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente:

1º na suspensão do exercício da profissão;

2º na suspensão do emprego em atividade privada;

3º na suspensão de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória”.

O Supremo Tribunal reconheceu que a referida restrição revelava-se desproporcional (*exorbitância dos efeitos da condenação*) e era, portanto, inconstitucional, por manifesta afronta ao próprio direito à vida em combinação com a cláusula de remissão referida, como se pode ler na seguinte passagem do voto então proferido pelo Ministro Themístocles Cavalcanti:

“Infelizmente não temos em nossa Constituição o que dispõe a Emenda nº 8 da Constituição Americana, onde se proíbem a exigência de fianças excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum ou de medida (cruel and unusual punishment).

Os intérpretes consideram como tal, por exemplo, a morte lenta, mas entendem também que o conceito deve evoluir porque “cruel” não é uma expressão técnica, com significação definida em direito e que deve evoluir com o aperfeiçoamento do homem, as exigências da opinião pública e a proporção entre o crime e a pena.

*É possível que em determinado momento se chegue a condenar a pena de morte, como cruel (Pritchett, *The American Constitution*, p. 527).*

No caso Trop versus Dulles (1958) Justice Warren entendeu, a meu ver com razão, que a idéia fundamental da Emenda nº 8 é a preservação da dignidade humana.

Não temos preceito idêntico, porém, mais genérico e suscetível de uma aplicação mais ampla, temos o § 35 do art. 150[28], reprodução de Constituições anteriores que dispõe: A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Ora, a Constituição vigente, como as anteriores no quadro das garantias individuais e sociais, procurou seguir as exigências de aperfeiçoamento do homem e o respeito à sua integridade física e moral. A preservação de sua personalidade e a proteção contra as penas infamantes, a condenação sem processo contraditório, a supressão de algumas penas que se incluíam na nossa velha legislação penal, a afirmação de que somente o delinqüente pode sofrer a pena, sem atingir os que dele dependem, definem uma orientação que qualifica perfeitamente o regime e os princípios fundamentais da Constituição.

O preceito vem da Constituição Americana, Emenda IX - nela foi inspirado e foi introduzido na nossa primeira Constituição Republicana, com o receio de que a enumeração pudesse levar o intérprete a entender que por serem discriminadas essas garantias quaisquer outras estariam excluídas.

Mas o preceito é de maior alcance, porque ele atinge numerosos direitos não enumerados e que representam conquistas do progresso humano no domínio das liberdades. A lista desses direitos vem crescendo há séculos.

O objetivo da lei foi inverso a essa tendência, porque procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo.

Nesse particular, a expressão de medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família.

Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as conseqüências da medida.

Mas não só o art. 150, § 35, pode ser invocado. Também o caput do art. 150 interessa, porque ali se assegura a todos os que aqui residem o direito à vida, à liberdade individual e à propriedade.

Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção”[29].

Um exame mais acurado da referida decisão, com a utilização dos recursos da moderna doutrina constitucional, há de demonstrar que, em verdade, a Corte se valeu da cláusula genérica de remissão contida no art.

150, § 35, da Constituição de 1967, para poder aplicar, sem risco de contestação, a idéia de *proporcionalidade* da restrição como princípio constitucional.

Embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido mostra-se aplicável em relação a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos.

Em outro julgado, de 17 de novembro de 1976, houve por bem o Supremo Tribunal Federal reformar decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, na qual se afirmava a inconstitucionalidade de norma que estabelecia a inelegibilidade dos cidadãos que estivessem respondendo a processo-crime[30]. A lei federal estabelecia que cidadãos denunciados pela prática de crime não eram elegíveis[31].

O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inconstitucionalidade dessa disposição, por incompatível com o princípio da presunção da inocência. Esse princípio, enquanto postulado universal de direito, referido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira, através da cláusula constante do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69[32].

Vale registrar passagem do voto proferido pelo eminente Ministro Leitão de Abreu, no julgamento do recurso extraordinário, que bem sintetiza a orientação que conduziu o Tribunal Superior Eleitoral à pronúncia de inconstitucionalidade da norma questionada:

“Em nosso sistema constitucional, dispensável se faz colocar esse problema, especialmente naquilo que entende com o princípio da presunção de inocência, não tanto em nome do princípio cardinal do direito internacional público – pacta sunt servanda – mas principalmente em face da regra posta na vigente Carta Política, regra que acompanha a nossa evolução constitucional. Nessa norma fundamental se estatui que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Ora, o postulado axiológico da presunção de inocência está em perfeita sintonia com os direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. O valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal. Além de se tratar, desse modo, como declarado com a sua costumeira elegância, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, de princípio eterno, universal, imanente, que não precisa estar inscrito em Constituição nenhuma, esse princípio imanente, universal e eterno constitui, em nossa ordem constitucional, direito positivo”[33].

O Supremo Tribunal Federal não aderiu a esse entendimento e, por maioria de votos, reformou a decisão, sem negar, no entanto, que o princípio da presunção da inocência poderia encontrar aplicação na ordem jurídica brasileira. Seria legítimo, todavia, o estabelecimento de restrições legais ao direito do cidadão, ainda que na ausência de decisão judicial definitiva sobre a sua culpabilidade[34].

A posição da maioria pode ser traduzida pela seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves:

“A presunção de inocência é (...) idéia-força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo penal moderno. Tomada, porém, em seu sentido literal, traduziria nas expressões vigorosas de Manzini (ob. cit., p. 227), idéia “goffamente paradossale e irrazionale” (desazadamente paradoxal e irracional). E Manzini, ninguém o nega, foi estrênuo defensor do respeito aos direitos processuais do réu e da dignidade humana. Foi por tomá-la em sentido literal, dando-lhe valor absoluto, por alçá-la à magnitude da categoria dos direitos inerentes à pessoa humana, que a maioria do Tribunal Superior Eleitoral considerou parcialmente inconstitucional a letra “n” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº5/1970.

Nesse sentido – sem o qual a inconstitucionalidade em causa perderia sua base de sustentação – não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos, universais, imanes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teriam guarida na norma residual do § 36 do art. 153. O ataque que sua literalidade tem sofrido pelos adeptos mais conspícuos dos princípios que floresceram à sua sombra o demonstra. Os fatos – admissão universal das providências admitidas contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, seqüestro, arresto, apreensão de bens) – o evidenciam. Se é indisputável que a presunção de inocência não impede o cerceamento do bem maior, que é a liberdade, como pretender-se que possa cercear a atuação do legislador no terreno das inelegibilidades, em que, por previsão constitucional expressa, até fatos de ordem moral podem retirar a capacidade eleitoral passiva?

Não tenho, portanto, dúvida alguma sobre a constitucionalidade da letra “n” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº70[35]”.

Recusou-se, dessa forma, a posição que acolhia o princípio da presunção da inocência como integrante da ordem constitucional brasileira por força da cláusula de remissão contida no art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69.

É provável que a questão pudesse ter sido discutida, de modo mais plausível, com base no *princípio da proporcionalidade (excesso de poder legislativo)*.

Talvez a decisão proferida na Representação nº 1.077, de 28.3.84, contenha um dos mais inequívocos exemplos de utilização do *princípio da proporcionalidade* entre nós, uma vez que do texto constitucional não resultava nenhuma limitação expressa para o legislador. Cuidava-se da aferição da constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei nº 383 (de 4.12.80, do Estado do Rio de Janeiro) que elevava, significativamente, os valores da taxa judiciária naquela unidade federada. Após precisar a natureza e as características da taxa judiciária, enfatizou o eminente Relator, Ministro Moreira Alves:

*“Sendo – como já se acentuou – a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o **quantum** da alíquota por esta fixado”*[36].

Fixada essa idéia de *equivalência razoável* entre custo do serviço e a prestação cobrada, concluiu o eminente Magistrado pela inconstitucionalidade do art. 118, da Lei estadual, que, de forma genérica, fixava em 2% sobre o valor do pedido o *quantum* devido pelo contribuinte, *verbis*:

“(...) Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelas custas e emolumentos. Não estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores reais muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto”[37].

Posteriormente, viu-se o Supremo Tribunal Federal confrontado com a indagação sobre a proporcionalidade de disposições constantes do direito estadual do Paraná (Lei nº 10.248, de 14.1.93) que fixavam as seguintes exigências:

“Art 1º É obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem – GLP – Gás Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida à substituição.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput deste artigo, os Postos revendedores de GLP, bem como os veículos que procedam à distribuição a domicílio, deverão portar balança apropriada para essa finalidade.

Art. 2º. Verificada a diferença menor entre o conteúdo e quantidade líquida especificada no botijão ou cilindro, o consumidor terá direito a receber, no ato do pagamento, abatimento proporcional ao preço do produto.

Art. 3º Caso se constate, na pesagem do botijão ou cilindro que esteja sendo substituído, sobra de gás, o consumidor será ressarcido da importância correspondente, através de compensação no ato do pagamento do produto adquirido”.

Reconheceu-se, na ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de lesão ao princípio da proporcionalidade, como se pode depreender da seguinte passagem:

“Eis aí, pois, um outro fundamento igualmente suficiente para conduzir à invalidade da lei por ofensa ao princípio da razoabilidade, seja porque o órgão técnico já demonstrou a própria impraticabilidade da pesagem obrigatória nos caminhões de distribuição de GLP, seja porque as questionadas sobras de gás não locupletam as empresas distribuidoras de GLP, como se insinua, mas pelo método de amostragem, são levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais, os quais acabariam sendo onerados pelos aumentos de custos, caso viessem a ser adotadas as impraticáveis balanças exigidas pela lei paranaense” (fls. 83 do acórdão no pedido de cautelar da ADIn nº 855, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 1.10.93).

A Excelsa Corte acolheu essa fundamentação, para efeito de concessão da cautelar requerida. É o que se depreende da leitura do voto condutor proferido pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

“De sua vez, os esclarecimentos de fato - particularmente a manifestação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – INMETRO, do Ministério da Justiça, são de múltipla relevância para este julgamento liminar.

Eles servem, de um lado, como proficientemente explorados na petição – não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar, ao menos, provisoriamente – as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese – que não é de afastar – de que se venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei” (fls. 88).

Essa simples colocação serve para demonstrar que um juízo seguro sobre a inadequação e desnecessidade da medida (“*de duvidosos efeitos úteis*”) e sobre a desproporção entre os ônus impostos aos particulares e os fins perseguidos afiguraram-se suficientes para legitimar a suspensão da norma de conteúdo restritivo.

O Supremo Tribunal Federal apreciou a arguição de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos e incisos da Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993, que assim dispôs:

“Art. 5º Poderá participar das eleições previstas nesta Lei o partido que, até 3 de outubro de 1993, tenha obtido junto ao Tribunal Superior eleitoral, registro definitivo ou provisório, desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta Lei.

§ 1º Só poderá registrar candidato próprio à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República:

I - o partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados; ou

II - o partido que conte, na data da publicação desta Lei, com representantes titulares na Câmara dos Deputados em número equivalente a, no mínimo, três por cento da composição da Casa, desprezada a fração resultante desse percentual; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha condição prevista em um dos incisos anteriores, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 2º Só poderá registrar candidatos a Senador, Governador e Vice-Governador:

I - o partido que tenha atendido a uma das condições indicadas nos incisos I e II do parágrafo anterior; ou

II - o partido que, organizado na circunscrição, tenha obtido na eleição de 1990 para a respectiva Assembléia ou Câmara Legislativa três por cento dos votos apurados, excluídos os brancos e nulos; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha uma das condições previstas nos incisos I e II deste parágrafo, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 3º Até cinco dias a contar da data da publicação desta Lei, a Presidência da Câmara dos Deputados informará ao Tribunal Superior Eleitoral o número de Deputados Federais integrantes de cada bancada partidária naquela data.

§ 4º Até 31 de dezembro de 1993, o Tribunal Superior Eleitoral divulgará a relação dos partidos aptos a registrar candidatos próprios às eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, e ainda, daqueles que, em cada Estado e no Distrito Federal, poderão registrar candidatos para Senador, Governador e Vice-Governador”.

O Tribunal acabou por declarar a inconstitucionalidade de todos os parágrafos e incisos do art. 5º da referida Lei.

É interessante notar que, menos do que na idéia de uma liberdade de organização partidária ilimitada e ilimitável, o fundamento central da tese da inconstitucionalidade parece residir exatamente na falta de razoabilidade do critério fixado pelo legislador para restringir a atividade dos pequenos partidos.

Nesse sentido, afigura-se digno de registro o voto proferido pelo eminente Ministro Moreira Alves na decisão sobre o deferimento da medida cautelar:

“(...) Depois de todos os votos que foram proferidos, o que se verifica é que as posições divergem em virtude de a Constituição, que foi tão pormenorizada muitas vezes em assuntos de menor relevância, em se tratando de partidos políticos foi estritamente genérica, adotando princípios gerais. O problema que surge, em face desses princípios gerais, principalmente em face do princípio de que a criação de partidos políticos é livre, é saber se pode haver ou não limitação à atuação dos partidos no tocante à apresentação de candidatos para cargos eletivos. É certo que essa lei não restringe totalmente, porque admite que partidos que não se enquadrem nos requisitos por ela previstos possam concorrer com candidatos aos mandatos de deputado e vereador. O problema, portanto, (...) cinge-se a isto: saber se há a possibilidade de a lei razoavelmente limitar a atuação dos partidos, ou se essa limitação é impossível, tendo em vista a circunstância de que a lei não poderia, em face dos princípios gerais da Constituição, sobre eles fazer qualquer limitação quanto à sua atuação”[38].

Na decisão de mérito, o eminente Ministro Moreira Alves veio a concretizar a fundamentação esboçada no julgamento da liminar. Vale registrar o seu pronunciamento a propósito:

“A meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere, com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal.

A Constituição no seu art. 5º, inciso LIV – e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas – estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive

o inciso II do art. 5º que diz: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esse princípio constitucional que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade.

Ora, esta lei, estes dispositivos que estão em causa são evidentemente dispositivos de exceção no sentido de dispositivos ad hoc, tendo em vista a circunstância de que partem de fatos passados, já conhecidos pelo legislador quando da elaboração da lei, para criar impedimentos futuros e, portanto, para cercear a liberdade desses partidos políticos.

Ora, Senhor Presidente, em face disso e não preciso estender-me mais a esse respeito, porque me basta esse aspecto, deixo de lado aquele outro problema mais delicado que é o de saber se realmente a Constituição permite ou não que a lei estabeleça, para o futuro, restrições a esse nosso pluripartidarismo (...). Fico apenas nesse outro que é o da falta de razoabilidade desse princípio.

Para ser rigorosamente lógico, eu deveria declarar a inconstitucionalidade, também, do caput. Mas o caput, a meu ver apresenta um aspecto ponderável no tocante ao problema da razoabilidade, que é justamente o dos partidos sem registro definitivo, pois para eles apresentarem aquilo que a Constituição considera que é um elemento de âmbito nacional, embora na realidade não seja, mas que pelo menos é o elemento de que se vale a Constituição com relação a mandado de segurança coletivo e com relação à ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu-se o mesmo critério: é preciso que haja representação no Congresso Nacional, qualquer que ela seja, porque aqui a representação é mínima.

De modo que acompanho, nesse particular, o Ministro Sydney Sanches e, agora, também, o Ministro Néri da Silveira, declarando inconstitucionais os parágrafos e incisos deste art. 5º^o[39].

Portanto, o Supremo Tribunal Federal considerou que, ainda que fosse legítimo o estabelecimento de restrição ao direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos parecia manifestamente *inadequada* e, por conseguinte, *desarrazoada*.

Essa decisão parece consolidar o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV).

A importância da aplicação desse princípio no âmbito do controle de constitucionalidade vem de ser ressaltada em despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello. Tratava-se de pedido de suspensão de segurança formulado pela União contra decisão de Tribunal Regional Federal que declarou a ilegitimidade de norma regulamentar limitadora da quantidade de cigarros em um maço ou pacote de cigarro.

O Ministro Celso de Mello houve por bem, inicialmente, destacar a improcedência do pedido no que tange ao fundamento de lesão à economia, à ordem e à saúde públicas, como se pode ler na seguinte passagem da decisão:

“Cabe referir, neste ponto, a procedente observação feita pela douta Procuradoria-Geral de República, cujo parecer, ao afastar a alegação de grave ofensa à economia e à ordem públicas, assim justificou o seu pronunciamento (fls. 370): “No mérito, quanto à grave lesão à economia pública, parece-me que não assiste razão à União Federal. Por certo, se uma das finalidades da restrição legal no mandado de segurança questionada é inibir o aumento da comercialização de cigarros, que se tornaria realidade com a diminuição do número de cigarros por maço – porque, logicamente, o preço por carteira seria mais reduzido –, forçosa a conclusão de que a mudança assegurada à Philip Morris Brasil S/A pelo acórdão ora impugnado trará ao Fisco uma maior arrecadação do IPI.

Relativamente à grave lesão à ordem pública, melhor sorte não tem a requerente, pois a existência de dificuldades maiores na fiscalização de tributo não há de ser considerada como obstáculo para a efetivação do princípio constitucional da livre iniciativa. Cumpre ao Estado aparelhar-se adequadamente para a realização de suas atividades, de forma a satisfazer o interesse público sem causar prejuízo a bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Sustenta-se, de outro lado, e desta vez com o apoio do Ministério Público Federal (fls. 371), que a saúde pública poderia ser afetada pela imediata execução da decisão em causa.

Tenho para mim, no entanto, que o acórdão ora impugnado não agrava, por si só, os efeitos prejudiciais que ordinariamente decorrem da prática nociva do tabagismo.

Na realidade, a redução do número de cigarros em cada embalagem poderia ter o efeito de condicionar o comportamento do fumante, estimulando-o, psicologicamente, a diminuir o consumo diário desse produto.

Daí a observação constante do parecer elaborado pelo eminente Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (fls. 170):

“Notoriamente, o conteúdo do maço ou carteira de cigarro serve de referência para o consumo diário dos fumantes (todos que fumam bem o sabem) e de alerta para que se mantenham dentre de certos limites. Cumpre psicologicamente a função de delimitar um ponto a não ser ultrapassado.

Não raro, os que querem melhor controlar-se ou diminuir o número de cigarros fumados servem-se de cigarreiras que preenchem com quantidade inferior à vintena, no afã de reduzir paulatinamente a quantidade de unidades por dia (...).

Donde, embalagens com quantidade algo inferior à vintena concorrem na mesma direção estimativa das campanhas contra o fumo, presumidamente defensivas da saúde, ao passo que a obrigatoriedade da vintena imposta pelo decreto-lei e normas a ele subalternas – contradita tal orientação.”

Cabe destacar, neste ponto, por necessário, que a comercialização de cigarros, no Brasil, em embalagens com quantidade inferior a 20 unidades, não constitui fato novo, mesmo porque – é preciso salientar - a exigência de que cada maço contivesse 20 unidades aplicava-se somente às empresas brasileiras (DL nº 1.593/76, art. 6º), e não às empresas estrangeiras, que puderam, até o advento do Decreto nº 2.637/98 (art. 272), comercializar seus produtos no território nacional, em embalagens com quantidades inferiores a 20 unidades”[40].

Em seguida, o eminente Ministro procurou demonstrar incompatibilidade entre a decisão contida na norma regulamentar e o princípio da proporcionalidade nos termos seguintes:

“Impõe-se ter presente, finalmente, que o poder-dever que incumbe ao Estado de intervir em atividades consideradas prejudiciais à saúde pública encontra limitações no próprio texto da Constituição da República, que não admite e nem tolera a edição de atos estatais veiculadores de restrições desvestidas de razoabilidade.

Essa, no fundo, simultaneamente com os temas da reserva constitucional de lei formal e da liberdade de iniciativa empresarial, traduz a questão básica, cuja discussão - vinculada ao princípio do substantive due process of law - acha-se em curso no processo mandamental de que se originou o acórdão ora questionado.

Os temas suscitados no processo mandamental assumem inquestionável relevância jurídico-constitucional, notadamente a controvérsia que, na espécie ora em exame, põe em evidência o princípio da proporcionalidade.

É certo - como já precedentemente enfatizei - que, em sede de suspensão de segurança, não se discute, em princípio, o fundo da controvérsia mandamental (RTJ 143/23).

No entanto, não posso deixar de considerar, na análise do caso presente, tanto a existência de um acórdão concessivo de mandado de segurança (remédio constitucional cuja eficácia não deve ser neutralizada por disposição constante de simples diploma legislativo) quanto a plausibilidade jurídica da tese exposta pela parte impetrante, especialmente se se considerar a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal que já assentou o entendimento de que transgredir o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) - analisado este na perspectiva de sua projeção material (substantive due process of law) -

a regra estatal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 46, item n.3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do due process of law (RAQUEL DENIZE STUMM, "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Direitos Humanos Fundamentais", p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, "Curso de Direito Constitucional", p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros; GILMAR FERREIRA MENDES, "Controle de Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e Políticos", p. 38/54, 1990, Saraiva).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo e regulamentar. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais"[41].

É interessante destacar, igualmente, a fundamentação do princípio da proporcionalidade adotada na decisão sob análise, como se depreende da seguinte passagem da aludida decisão:

"A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem "não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)", de tal modo que "Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)" (GILMAR FERREIRA MENDES, "A proporcionalidade na jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal”, in Repertório IOB de Jurisprudência, nº 23/94, p. 475).

Cumprir enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público (procedural due process of law), mas, sobretudo, em sua dimensão material (substantive due process of law), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades normativas do Estado, que este não dispõe de competência para atuar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Daí a advertência de CAIO TÁCITO (RDP 100/11-12), que, ao relembrar a lição pioneira de SANTI ROMANO, destaca que a figura do desvio de poder legislativo impõe o reconhecimento de que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade normativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADIn 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

De outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tem prestigiado normas que não se revelam arbitrárias ou irrazoáveis em suas prescrições, em suas determinações ou em suas limitações:

“A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, ajusta-se ao princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material (substantive due process of law).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.” (ADIn 1.407-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Conclui-se, portanto, que, se a norma revelar-se tisonada pelo vício da irrazoabilidade, restará configurado, em tal anômala situação, o excesso de poder em que incidiu o Estado, o que compromete a própria função constitucional inerente à atividade de positivação do Direito, pois o ordenamento jurídico não pode conviver com atos estatais revestidos de conteúdo arbitrário.

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, indefiro o pedido de contracautela formulado pela União Federal”[42].

Essa decisão demonstra que o princípio da proporcionalidade como dimensão específica do princípio do devido processo legal ganhou autonomia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como se pode depreender das várias passagens da decisão, faz-se uma interessante associação entre a idéia de irrazoabilidade da decisão e o princípio da proporcionalidade. No despacho, analisa-se detidamente a adequação da medida aos fins propostos, acentuando que, ao contrário do afirmado, poderá haver incremento da arrecadação, inexistindo risco de grave lesão à economia. Nesse passo, a medida seria notoriamente *inadequada*. Da mesma forma, refuta-se a possibilidade de que a medida adotada pudesse proteger adequadamente a saúde pública. A decisão assinala que a fabricação de maços com menor quantidade de cigarros não lesa a saúde pública, uma vez que, conforme indica a experiência comum, muitos consumidores utilizam-se do conteúdo de um maço ou carteira como referência ou limite. Ademais, observou-se que a comercialização de cigarros em maços com quantidade inferior a 20 já vinha sendo admitida no Brasil, especialmente para os cigarros fabricados no estrangeiro. Também aqui se revela claramente um juízo de adequação.

A decisão demonstra também a necessidade de um exame cuidadoso dos chamados “fatos e prognoses legislativos” em sede judicial. A análise que se faz sobre a adequação da medida com objetivo de proteger a economia e a saúde pública demonstra a indispensabilidade de uma revisão dos dados empíricos e dos prognósticos adotados ou estabelecidos pelo órgão responsável pela edição do ato[43].

Ressalte-se que o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais. Em uma das decisões sobre a obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA, em ação de paternidade, anotou o Ministro Sepúlveda Pertence, *verbis*:

“Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação.

Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda.

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

É de sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples **prova de reforço** de um fato que, de outro modo, se pode comprovar.

Com efeito. A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste, se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza.

Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe – v. 4/f.853)[44].

Tem-se aqui, notoriamente, a utilização da proporcionalidade como “regra de ponderação” entre os direitos em conflito, acentuando-se a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos ou constrangedores.

3. Princípio da proporcionalidade e direito de propriedade

Consoante a firme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, a definição do conteúdo e a imposição de limitações ao direito de propriedade há de observar o princípio da proporcionalidade. Segundo esse entendimento, o legislador está obrigado a concretizar um modelo social fundado, de um lado, no reconhecimento da propriedade privada e, de outro, no princípio da função social[45]. É ilustrativa, a propósito, a decisão na qual a Corte Constitucional deixou assente que, “no âmbito da regulação da ordem privada, nos termos do art. 14, parágrafo 2, da Lei Fundamental, deve o legislador contemplar, igualmente, os dois elementos que estão numa relação dialética – a liberdade constitucionalmente assegurada e o princípio da função social da propriedade –, cumprindo-lhe a tarefa de assegurar uma relação equilibrada entre esses dois elementos dentro da ordem jurídica”[46].

Entende, portanto, o *Bundesverfassungsgericht* que a Constituição autoriza o legislador a concretizar o princípio da função social. Ele não deve restringir a liberdade além do estritamente necessário; não deve todavia descurar-se também da concretização da função social da propriedade[47]. Como as novas disposições de índole conformativa-restritiva incidem

normalmente sobre situações já constituídas e reguladas, faz-se mister que o legislador leve em conta as estruturas jurídicas preexistentes[48].

O *Bundesverfassungsgericht* considera que o legislador dispõe de poder de conformação relativamente amplo na matéria[49]. Não obstante, o Tribunal procura sistematizar a aplicação do princípio da proporcionalidade, enunciando as seguintes condições que não de ser observadas:

a) o legislador deve considerar as peculiaridades do bem ou valor patrimonial, objeto da proteção constitucional;

b) o legislador deve considerar o significado do bem para o proprietário;

c) o legislador deve assegurar uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria *substância* do direito de propriedade. Embora não se tenha uma expropriação propriamente dita, a observância do princípio da proporcionalidade recomenda que se assegure ao proprietário que sofreu graves prejuízos com a implementação de providência legislativa uma compensação financeira;

d) se possível, deve o legislador atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias (*Übergangsregelungen*), evitando as situações traumáticas de difícil superação (*Härtenfällen*)[50].

4. Duplo controle de proporcionalidade e controle de proporcionalidade “in concreto”

A Corte constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei eventualmente aprovada pelo Parlamento submete-se, igualmente, ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade.[51]

Essa solução parece irrepreensível na maioria dos casos, especialmente naqueles que envolvem normas de conformação extremamente aberta (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas)[52]. É que a solução ou fórmula legislativa não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação.

Richter e Schuppert analisam essa questão, com base no chamado “caso Lebach”, no qual se discutiu a legitimidade de repetição de notícias sobre fato delituoso ocorrido já há algum tempo e que, por isso, ameaçava afetar o processo de ressocialização de um dos envolvidos no crime. Abstratamente consideradas, as regras de proteção da liberdade de informação e do direito de personalidade não conteriam qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade.

Eventual dúvida ou controvérsia somente poderia surgir na aplicação “*in concreto*” das diversas normas[53].

No caso, após analisar a situação conflitiva, concluiu a Corte que “*a repetição de informações, não mais coberta pelo interesse de atualidade, sobre delitos graves ocorridos no passado, pode revelar-se inadmissível se ela coloca em risco o processo de ressocialização do autor do delito*”[54].

Essa distinção não passou despercebida ao nosso Supremo Tribunal Federal, quando apreciou pedido liminar contra a Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990, que vedava a concessão de provimentos liminares ou cautelares contra as medidas provisórias constantes do Plano “Collor” (MPs nº 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168).

O voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, revela perfeitamente a necessidade de um duplo juízo de proporcionalidade, especialmente em face de normas restritivas abertas ou extremamente genéricas. Após enfatizar que o que chocava na Medida Provisória nº 173 eram a generalidade e a abstração, entendeu Sua Excelência que essas características dificultavam um juízo seguro em sede de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade[55].

Vale transcrever expressiva passagem do aludido voto, *verbis*:

“(...) essa generalidade e essa imprecisão, que a meu ver, podem vir a condenar, no mérito, a validade desta medida provisória, dificultam, sobremaneira, agora, esse juízo sobre a suspensão liminar dos seus efeitos, nesta ação direta.

Para quem, como eu, acentuou que não aceita veto peremptório, veto a priori, a toda e qualquer restrição que se faça a concessão de liminar, é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraíram ao deferimento de tais cautelares, initio litis, distinguir, em tese, e só assim poderemos decidir neste processo – até onde as restrições são razoáveis, até onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso de poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta a jurisdição legítima do Poder Judiciário.

(...)

Por isso, (...) depois de longa reflexão, a conclusão a que cheguei, data venia dos dois magníficos votos precedentes, é que a solução adequada às graves preocupações que manifestei – solidarizando-me nesse ponto com as idéias manifestadas pelos dois eminentes Pares – não está na suspensão cautelar da eficácia, em tese, da medida provisória.

O caso, a meu ver, faz eloqüente a extrema fertilidade desta inédita simbiose institucional que a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a acoplar o velho sistema difuso americano de controle de

constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado.

(...)

O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose constitucional a que me referi, dos dois sistemas de controle de constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde – segundo a premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello – a vedação da liminar, porque desarrazoada, por que incompatível com o art. 5º, XXXV, por que ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva”[56].

Tendo em vista a jurisprudência brasileira, ressalte-se que, nos casos referentes ao exame de DNA, para confirmação da paternidade, as disposições do direito ordinário aplicáveis à espécie (CPC, art. 332 e 130), consideradas abstratamente, parecem revelar-se absolutamente compatíveis com o princípio da proporcionalidade.

É interessante notar que no HC nº 76.060-4, no qual se discutia a legitimidade de decisão que obrigava o pai presumido a submeter-se ao exame de DNA, em ação de paternidade movida por terceiro que pretendia ver reconhecido o seu *status* de pai de um menor, o Ministro Sepúlveda Pertence, que manifestara-se no julgamento do HC 71.373 em favor da obrigatoriedade do exame, tendo em vista o direito fundamental à própria e real identidade genética, conduziu o entendimento do Tribunal em favor da concessão da ordem. A manifestação do eminente Relator[57] deixa claro que a conformação do caso concreto pode-se revelar decisiva para o desfecho do processo de ponderação.

NOTAS

[1] CANOTILHO, Direito Constitucional, 6a. edição, Coimbra, 1993, p. 617-618; SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen, in: Starck, Christian (org.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen, 1976, vol. 2, p. 392.

[2] CANOTILHO, Direito Constitucional, cit., p. 617.

[3] Cf., sobre o assunto, BITTENCOURT, Lúcio, (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª edição. Rio de Janeiro, 1968. p. 121-3), que afirma a incensurabilidade dos motivos do legislador, invocando os precedentes da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal; MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*, 5. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, v. 1, p. 157. V. também PIERANDREI, Corte costituzionale, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1962, v. 10, p. 906-7.

[4] PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in: *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1962, v. 10, p. 906; cf., também, art. 28 da Lei nº 87, de 1953, que organiza a Corte Constitucional italiana, verbis: “il controllo di legittimità della Corte Costituzionale su una legge esclude ogni valutazione di natura politica ed ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale”.

[5] BVerfGE, 1:15.

[6] ERICHSEN, Hans-Uwe & MARTENS, Wolfgang (org.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9ª. ed., Berlim-Nova York, 1992, p. 186.

[7] Cf., sobre o assunto, em Direito Administrativo, Erichsen & Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 188.

[8] SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen, in: Starck, Christian (org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, vol. 2, p. 390 e s.; CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 487.

[9] SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in STARCK, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 391; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1995, p. 28, 142 e s.

[10] BVerfGE, 30:250.

[11] BVerfGE, 30:292(316), 39:210(230-1).

[12] BVerfGE, 30:250(265); SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in STARCK, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 398.

[13] SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in STARCK, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 398.

[14] SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in STARCK, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 398.

[15] BVerfGE, 39:210(230-1).

[16] BVerfGE, 39:210(230-1); SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle..., in STARCK, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 399-400.

[17] CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 617.

[18] CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 617.

[19] PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte - Staatsrecht II*, Heidelberg, 1998, p. 63.

[20] PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte - Staatsrecht II*, p. 66.

[21] PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte - Staatsrecht II*, p. 67.

- [22] PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 66.
- [23] PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 67.
- [24] PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 67.
- [25] PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 67-68.
- [26] PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 68.
- [27] RE 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato, RF 145 (1953), p. 164 s.
- [28] Nota do autor: art. 153, §36 na CF de 1967 com a emenda nº 1 de 1969.
- [29] HC 45.232, Relator: Ministro Themístocles Cavalcanti, RTJ 44, p. 322 (327-328).
- [30] RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ 79, p. 671.
- [31] Lei Complementar nº 5, de 1970, Art. 1, I, "n".
- [32] RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ 79, p. 671.
- [33] RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ 79, p. 671 (705).
- [34] RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ 79, p 671 (683 e s.).
- [35] RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ 79, p. 671 (694).
- [36] Rp. 1077, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 112: 34(58-59).
- [37] Rp. 1077, Relator: Min. Moreira Alves, RTJ 112: 34 (59).
- [38] Cf. ADIN 855, RTJ: 152, p. 455 ss.
- [39] Cf. ADIN 855, RTJ: 152, p. 455 ss.
- [40] SS 1320, DJ de 14.4.1999, item nº 524.
- [41] SS 1320, DJ de 14.4.1999. item, nº 524.
- [42] SS 1320, DJ de 14.4.1999, item nº 524.
- [43] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, 1998, p. 453 s.
- [44] HC 76.060-4, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Lex-STF-237, p. 304 (309).
- [45] BVerfGE 52, 1 (29).
- [46] BVerfGE 37, 132 (140).
- [47] PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 229.
- [48] PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 226-227.
- [49] BVerfGE 8, 71 (80); 21, 73 (83).
- [50] PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, p. 229-230.
- [51] SCHNEIDER, *Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle*, cit., p. 403.

[52] JAKOBS, Michael, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Colônia, 1985, p. 150.

[53] RICHTER, Ingo/ SCHUPPERT, Gunnar Folke, *Casebook Verfassungsrecht*, 3ª edição, Munique, 1996, p. 29.

[54] BVerfGE 35, 202 (237).

[55] ADIn 223, Relator para acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 132, p. 571 s.

[56] ADIn 223. Relator para acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 132, p. 571 (589-590).

[57] HC 76.060-4, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Lex-STF –237, p. 304 (309).

Referência Bibliográfica deste Artigo (ABNT: NBR-6023/2000):


MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

(Observação: substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:


Interatividade

Participe do aperfeiçoamento da Revista Diálogo Jurídico

 Opine sobre o assunto focado neste artigo: [clique aqui](#)

 Sugira novos temas para a revista eletrônica Diálogo Jurídico: [clique aqui](#)

 Imprima o artigo: tecla Ctrl+P

 Cadastre-se e receba diretamente por e-mail informações sobre novos artigos publicados na revista: [clique aqui](#)