

**DA IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DA RAZOABILIDADE E DA
PROPORCIONALIDADE DAS DECISÕES JURISDICIONAIS CIRCUNSCRITAS
AOS CONFLITOS FAMILIARES**

*THE IMPORTANCE OF THE USE OF REASONABLENESS AND PROPORTIONALITY IN
JUDICIAL DECISIONS RELATING TO FAMILY CONFLICTS*

Letícia Carla Baptista Rosa*

Tatiana de Freitas Giovanini Mochi**

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2. DA CRISE DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO NA APLICAÇÃO DO DIREITO; 3. DA LÓGICA DO RAZOÁVEL: UMA INTERPRETAÇÃO CRIADORA DO DIREITO; 4. DA COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; 4.1 DO PRINCÍPIO DA CONFORMIDADE OU DA ADEQUAÇÃO DE MEIOS (GEEIGNETHEIT); 4.2 DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE OU DA NECESSIDADE (ERFORDERLICHKEIT); 4.3 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO (VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT, I.E., SINN); 5. DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

RESUMO: Hodiernamente, as rápidas alterações tecnológicas, científicas e econômicas têm influenciado diretamente na transformação dos valores da sociedade. A família contemporânea tem refletido toda esta mudança. Como consequência, surgem litígios familiares de difícil solução, em que a aplicação silogística da legislação mostra-se insuficiente. Diante da incapacidade do método lógico-dedutivo de resolver todas as demandas da sociedade, a lógica do razoável apresenta-se como um novo método de raciocínio, mais apropriado ao Direito, em que o juiz exerce uma função criadora, devendo intuir valores por meio de um *logos* que tenha como fundamento a prudência e a equidade. Ao lado da razoabilidade, a proporcionalidade também se destaca por ter o condão de racionalizar soluções concretas a partir de critérios pré-definidos, buscando soluções adequadas, necessárias e proporcionais, ou seja, que façam uma ponderação entre os bens jurídicos em questão. Nos conflitos familiares que chegam ao Poder Judiciário é árdua a tarefa de decidir equanimente, sobretudo diante da omissão da legislação brasileira. Nestes casos, o juiz deve pautar-se com razoabilidade e utilizar-se da proporcionalidade e seus critérios para que tome uma decisão justa, adequada e necessária, com o menor sacrifício possível dos direitos fundamentais em conflito.

Palavras-chave: Razoabilidade. Proporcionalidade. Conflitos Familiares.

ABSTRACT: Today, rapid technological, scientific and economic changes have directly

* Professora universitária da Faculdade Metropolitana de Maringá, graduada pelo Centro Universitário de Maringá, especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina e mestranda pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá.

** Advogada em Maringá, graduada pela Universidade de Maringá e mestranda da Pós Graduação em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá.

influenced the transformation of society's values. The contemporary family has reflected all this change. As a result, family disputes arise with difficult solution, in which the syllogistic application of the legislation appears to be insufficient. Given the inability of the logical-deductive method to solve all the demands of society, the logic reasoning appears as a new method of thinking, more appropriate to the law, in which the judge also has a creative function, which must intuit values through the logic reasoning, which has as its rationale the prudence and the equity. Beside the reasonableness, proportionality is also notable for having the power to streamline practical solutions from pre-defined criteria, seeking appropriate, necessary and proportionate solutions, forming a balance between the legal interests concerned. In family disputes that reach the Judiciary, the task of deciding equally well is hard, especially because of the omission of Brazilian law. In these cases, the judge must be guided with reasonableness, using proportionality and its criteria for making a decision fair, reasonable and necessary, with the least possible sacrifice of fundamental rights in conflict.

Keywords: Reasonableness. Proportionality. Family conflicts.

INTRODUÇÃO

As constantes transformações científicas, econômicas e filosóficas pelas quais passa a sociedade atual refletem no modo de compreender o papel do ser humano, sobretudo quando inserido na família. Esta nova pauta axiológica contribui para o surgimento de conflitos familiares cuja solução não está contida na letra da lei, exigindo do julgador uma posição criativa.

É relevante analisar, preliminarmente, o motivo pelo qual o método lógico-dedutivo tradicionalmente difundido pelas escolas racionalistas do Direito, como a escola francesa da exegese, deixou de ser suficiente para resolver as novas demandas sociais.

Diante da crise da interpretação literal e silogística da lei, surge a lógica do razoável, desenvolvida por Luiz Recasens Siches, propondo uma nova forma de aplicar o Direito, em que o juiz deixa de ser apenas a boca pela qual fala a lei, e passa a ter um papel ativo, de decidir com equidade e prudência, a fim de alcançar a justiça com pacificação social.

Ao lado da razoabilidade, a proporcionalidade também se destaca por ter o condão de racionalizar soluções concretas a partir de critérios pré-definidos. A aplicação deste princípio passa por três momentos: a análise da adequação do meio erigido, a verificação da exigibilidade ou da necessidade deste meio, e, por fim, um juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

Nos litígios oriundos de conflitos familiares que chegam ao Poder Judiciário, é árdua a tarefa de decidir equanimente, sobretudo diante da omissão da legislação brasileira em muitos aspectos. Destarte, cabe ao julgador pautar-se com razoabilidade, observando sempre

o melhor interesse da criança e do adolescente, caso haja menores envolvidos, e proferindo decisões em que haja o menor sacrifício dos bens jurídicos em conflito.

2 DA CRISE DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Com a passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII fez com que surgissem as primeiras grandes codificações, tais como, a Constituição Francesa de 1791, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1797, dentre outras². Paralelamente, o movimento positivista ganhou força, transformando o Direito em ciência, fundado em juízos de fato e não de valor, cujo conhecimento seria comprovado por meio de métodos científicos³.

A novel ciência do Direito encontrou seu maior expoente na França, na escola da exegese, que se limitou a interpretar tecnicamente o Código Civil napoleônico de 1804. Acerca do tema, Norberto Bobbio aponta que uma das causas para este demasiado apego ao texto codificado foi a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu, fundamento ideológico do Estado moderno, que não admitia ao juiz o exercício de uma função criadora, devendo ser apenas uma boca pela qual falava a lei⁴.

Havia, ainda, um anseio pela segurança jurídica, a qual seria apenas alcançada a partir de um conteúdo estável de leis, cuja aplicação deveria ser lógica ou silogística, cabendo ao jurista “ater-se com absoluto rigor ao texto legal e revelar seu sentido”⁵.

Dentre as principais características da escola da exegese, pode-se citar: a) o esvaziamento do direito natural, cuja aplicabilidade passou a ser subsidiária e limitada; b) a concepção de que norma jurídica é somente aquela imposta pelo Estado; c) a interpretação subjetiva da lei, conforme o intuito do legislador; d) o culto ao texto da lei, sobretudo ao Código de Napoleão; e) a utilização do argumento de autoridade como forma de legitimação da autoridade estatal⁶.

A tarefa do juiz era muito restrita, limitando-se a aplicar a premissa maior contida na

² AZEVEDO, Plauto Faraco. *Método e Hermenêutica Material no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19-20.

³ BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em 14 maio 2011.

⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Beni e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 79.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 50.

⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Beni e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 84-89.

lei à premissa menor, que seria o caso concreto. Restringia-se a um puro silogismo, um método dedutivo eivado de uma lógica emprestada das ciências naturais. Para os exegetas, o ordenamento jurídico tinha o condão de regulamentar todos os conflitos sociais, ou seja, não havia lacuna. Tais caracteres também se verificaram na escola Pandectista, da Alemanha, e na escola Analítica, da Inglaterra⁷.

Ocorre que a sociedade evoluiu e, a partir das novas tecnologias, bem como do surgimento de relações intercontinentais, nasceram conflitos de interesses que não podiam ser solucionados silogisticamente, em decorrência de que não havia regulamentação legal. Houve, portanto, no dizer de Gaston Morin, uma “revolta dos fatos contra os Códigos”⁸.

Diante da incapacidade de os códigos solucionarem os novos conflitos, a interpretação exegética passou a ser severamente criticada, pois se fundamentava em mitos como a identidade entre o Direito e a lei, a completude e suficiência do sistema jurídico, bem como o mito da neutralidade do juiz no exercício de sua função⁹.

Segundo Karl Engisch, o grande erro das escolas de interpretação do século XIX foi atribuir à norma um caráter absoluto:

A lei não é uma grandeza apoiada sobre si própria e absolutamente autônoma, [...], mas, antes, estratificação e expressão de pensamentos jurídicos aos quais cumpre recorrer a cada passo, sempre que pretendamos compreender a lei corretamente, ou ainda eventualmente restringi-la, completá-la e corrigi-la¹⁰.

As leis positivadas são instrumentos mutáveis e, portanto, circunstanciais, cuja validade e alcance variam conforme a urgência e demanda da sociedade em um local e momento histórico determinados. Os exegetas franceses cultuavam os artigos do Código Civil como se fossem verdades *a priori*, esquecendo-se que se tratavam de construção humana, fruto de uma sistematização racional e conveniente¹¹.

Plauto Faraco de Azevedo esclarece que a lei pode tornar-se injusta a partir do momento em que ignora as transformações sociais, causadas pela rápida evolução ou

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54.

⁸ MORIN, apud SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. Mexico: Porrúa, 1997, p. 223.

⁹ BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em 14 maio 2011.

¹⁰ ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. Ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 367.

¹¹ SICHES, Luiz Recasens. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. 14. ed. Mexico: Porrúa, 1999, p. 644.

retrocesso do homem e o conseqüente desajuste entre os fatos e as normas, o que exigirá dos juízes uma atuação ativa no sentido de resolver satisfatoriamente tais sobreporias.¹²

Ressalte-se que uma regra jurídica não pode ser considerada correta ou incorreta por si mesma. Contudo, será mais ou menos justa, mais ou menos adequada, mais ou menos viável, do ponto de vista prático, ou seja, conforme as valorações supralegais do caso concreto¹³.

A crítica feita por Luiz Recasens Siches repousa na suposta completitude do ordenamento jurídico, pois, para o autor, as normas legisladas, ainda que tenham sido elaboradas com presteza e qualidade, nunca poderão condensar a totalidade das condutas que pretendem regulamentar. As leis são genéricas e abstratas, enquanto que a realidade do homem é concreta e particular, logo, é normal que ocorram lacunas e contradições, as quais deverão ser solucionadas pelo julgador ao criar e descobrir as regras pertinentes ao episódio analisado¹⁴.

É evidente que os modelos interpretativos propostos pelos exegetas franceses e pelos pandectistas revelaram-se insuficientes e mitológicos para a solução dos litígios emergentes. No entanto, Miguel Reale destaca que tais escolas corresponderam aos ideais de seu tempo, porquanto era a única posição aceitável em relação aos anseios individualistas daquele momento¹⁵.

A interpretação silogística dos códigos, nos termos proposto pela escola da exegese, revelou-se insuficiente para a pacificação social, tendo em vista que muitos conflitos surgidos com o evolução da sociedade já não tinham mais a solução prevista na letra da lei.

3 DA LÓGICA DO RAZOÁVEL: UMA INTERPETRAÇÃO CRIADORA DO DIREITO

Em um contexto social de transformações, de novas tecnologias, de revoluções industriais, surgiu a necessidade de desenvolver novas formas de interpretar o Direito, mais adequado a esta nova realidade, sendo ao mesmo tempo flexível, a ponto de lidar com os novéis conflitos que emergiam a cada dia.

¹² AZEVEDO, Plauto Faraco. *Método e Hermenêutica Material no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 23.

¹³ ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6. Ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 370-385.

¹⁴ SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. Mexico: Porruá, 1997, p. 253.

¹⁵ REALE, Miguel. Para uma Hermenêutica Jurídica Estrutural. In: SALINAS, Sara Castillo. *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, t.1.

Luiz Recasens Siches discorreu em suas obras filosóficas¹⁶ acerca de um único método interpretativo que deveria ser adotado no âmbito jurídico: a lógica do razoável. Para compreendê-la, faz-se necessário analisar suas premissas. De início, cumpre asseverar que o autor vê no Direito um instrumento de controle social, uma construção humana guiada por necessidades e condições circunstanciais, para que produza efeitos concretos na vida real, sobretudo a justiça e o bem-estar social.

No mesmo sentido, Luiz Roberto Barroso considera o Direito como “uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social”¹⁷.

As normas jurídicas inserem-se neste contexto, e sua validade é circunstancial, e não universal, pois está carregada de valores ideais e conjunturais, com vistas a produzir conseqüências justas, adequadas e pertinentes à sociedade destinatária. Além disso, as leis também são abstratas, havendo uma desproporção entre estas e o Direito, cuja complexidade não pode ser esgotada em regras genéricas¹⁸. Por esta razão, a norma requer sempre uma interpretação.

Para que exista um ordenamento jurídico, é indispensável que haja interpretação, pois toda norma, por ser representação de um valor e objeto de vontade, jamais pode deixar de ser interpretada, cabendo ao juiz o exercício de tal tarefa sempre que for acionado diante de um conflito de interesses.

Na visão de Eduardo Cambi, interpretar é “considerar as conseqüências das soluções alternativas”, cabendo, portanto, ao intérprete, primeiro descobrir os possíveis significados que podem ser extraídos da norma, para que, depois, antecipe as conseqüências de todas as possibilidades encontradas, e, por fim, escolher a solução que dê maior efetividade aos valores e princípios constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana¹⁹.

Miguel Reale denota que a função do intérprete é compreender a norma e o significado nela objetivado, “tendo presentes os fatos e valores dos quais a mesma promana, assim como os fatos e valores supervenientes”²⁰.

¹⁶ A lógica do razoável está exposta em três obras principais: *Tratado General de Filosofia del Derecho, Introducción al Estudio del Derecho e Experiência Jurídica, Naturaleza de La Cosa e Lógica Razonable*.

¹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em 14 maio 2011.

¹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 11.

¹⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 347.

²⁰ REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 247.

De outro lado, Ronald Dworkin considera o próprio Direito como uma atitude interpretativa, contestadora e construtiva, cuja função “colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado”²¹.

Não existe interpretação literal no entendimento de Luiz Recasens Siches, em decorrência de que a linguagem não consiste em uma série de palavras, mas em sentidos expressados de modo concatenados. Uma frase ou um vocábulo só possui significado dentro do contexto no qual se insere. A interpretação de uma lei deve ser guiada por sua finalidade, seus propósitos, bem como pelos efeitos que o legislador pretendeu que tal norma produzisse²².

Diferente do que pensava a escola francesa da exegese, para que o Direito atinja sua finalidade social, o juiz deve ser mais do que “a boca pela qual fala a lei”. Diante de um caso concreto, ele precisa examinar os interesses em questão, e, dentre as alternativas apresentadas pelo ordenamento jurídico, deve escolher a solução mais justa. Ao agir desta forma, o julgador não extrapolará seu âmbito de atuação, haja vista que, mais do que nunca, estará sendo fiel à vontade do legislador, que é a realização da justiça²³.

Carlos Maximiliano compara o legislador ao dramaturgo de uma peça, e o juiz ao ator, pois, a despeito de este ter que atender aos ditames do roteiro, imprime um traço pessoal à atuação, e recria o personagem de um modo particular e novo. Muitas vezes é o próprio legislador que se utiliza de expressões totalmente subjetivas, como má-fé, equidade, fim ilícito, moral, bons costumes, dentre outros, deixando ao alvedrio do juiz uma função eminentemente criadora, confiando em seu prudente arbítrio²⁴.

A sentença²⁵, portanto, não possui um conteúdo meramente declarativo, pois implica sempre em uma estimativa dos fatos, em um juízo de valor, na qual o juiz expressa o que deve-ser no caso controvertido. Por esta razão, Recasens Siches preceitua que ao sentenciar, o julgador não está aplicando o Direito, e sim o produzindo, em continuação ao processo criativo que se iniciou com o legislador.²⁶

²¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492.

²² SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. Mexico: Porrúa, 1997, p. 230-240.

²³ SICHES, Luiz Recasens. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. 14. ed. Mexico: Porrúa, 1999, p. 654-661.

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 60-63.

²⁵ L. R. Siches entende o ordenamento jurídico é composto por: normas gerais (constituição, leis e regulamentos), normas particulares (contratos, estatutos de associações etc), e normas individualizadas e concretas (sentença), as quais são as únicas normas jurídicas perfeitas. (*Tratado general de Filosofía del Derecho*. 14. ed. Mexico: Porrúa, 1999, p. 628).

²⁶ SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. Mexico: Porrúa, 1997, p. 247-259.

Cada norma jurídica é criada em vista de determinados tipos de situações, sobre as quais se pretende que acarrete efeitos justos. É papel do juiz, ao erigir a regra aplicável ao caso concreto, indagar se esta produzirá as conseqüências previstas pelo legislador, ou seja, se atingirá o propósito pelo qual a norma foi criada. A interpretação que leva em conta os efeitos, sob a ótica do propósito da lei, é um dos imperativos da prudência²⁷.

A aplicação ou produção do Direito pelo órgão jurisdicional não se opera silogisticamente, por meio de uma lógica formal, isto seria, na ótica de Miguel Reale, um grande equívoco²⁸. É que, enquanto as normas jurídicas possuem uma dimensão imperativa, valorativa e normativa, a lógica emprestada das ciências exatas é neutra, destituída, portanto, de valores éticos, políticos e filosóficos.

Não existe uma solução perfeita e acabada para a variedade de problemas humanos, que se modificam no tempo e no espaço. A lógica físico-matemática é insuficiente nesse campo do humano, no qual o Direito se desenvolve, tendo fracassado na aplicação do conteúdo das normas jurídicas. Carlos Maximiliano afirma que “a interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto”²⁹.

Segundo Eduardo Cambi:

[...] o silogismo judicial, baseado na lógica dedutiva, pode ser útil para resolver os casos em que a justificação da decisão depende apenas de uma dedução da norma (geral e abstrata) aos fatos, ou seja, quando não há discordância sobre o padrão normativo aplicável ao caso concreto (easy cases). Já nos casos difíceis (hard cases) a racionalidade lógico-formal não é um critério de justificação suficiente, porque a ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito clara e pré-estabelecida³⁰.

A grande contribuição de Luiz Recasens Siches foi explicitar que a lógica formal não compreende a totalidade do *logos*, sendo apenas uma parte deste. Há, contudo, outras regiões mentais que também pertencem à lógica, mas de uma natureza muito diversa daquela. Existe, no entanto, outro âmbito do *logos*, aquele que trata dos problemas humanos, o *logos* do razoável, adequado na solução de conflitos familiares, econômicos, sociais e jurídicos.³¹

Miguel Reale prepondera que o ato interpretativo é essencialmente lógico, mas não

²⁷ SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. Mexico: Porrúa, 1997, p. 238-239.

²⁸ REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 246-147.

²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 11.

³⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 274.

³¹ SICHES, Luiz Recasens. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. 14. ed. Mexico: Porrúa, 1999, p. 654-670.

reduzido a puros nexos de inferência de ordem formal. Concorda, pois, com Recasens Siches, e admite a existência de uma lógica do razoável, pertencente à razão, mas “não redutível à meras conexões formais”³².

Saliente-se que o *logos* do humano é tão racional quanto a lógica físico-matemática, mas completamente diferente, porquanto está impregnado de pontos de vista estimativos, de critérios de valoração e de pautas axiológicas. É, destarte, uma razão vital e histórica, absolutamente adequada para a interpretação do Direito³³.

Luis Fernando Coelho exalta as teorias que se afastam do silogismo e da subsunção judicial, porque se fundamentam na prudência, na equidade e no sentimento do justo, em oposição ao racional. Para ele, “as decisões jurídicas, antes de serem racionais, segundo a perspectiva lógico-subsuntiva, são razoáveis. A este novo pensamento, vinculado à dimensão humana, é que se denomina o *logos* do razoável”³⁴.

Os valores não pertencem ao campo do racional, e, na visão de Luiz Recasens Siches, apenas podem ser acessados pela “intuição intelectual”, que pertence ao campo da lógica humana³⁵. Ao juiz cabe retirar das valorações da lei, o prumo que guiará sua decisão. Além disso, também tem que valorar os fatos que lhe são descortinados, e isso se faz apenas intuitivamente, por meio do *logos* do humano³⁶.

São características da lógica do razoável: a) é condicionada e circunscrita pela realidade social e histórico-particular; b) está impregnada de valorações concretas, determinadas pela situação humana real; c) leva em conta os fins da realidade social concreta; d) é regida por adequações entre valores, meios e objetivos da sociedade; e) é orientada pelas lições extraídas da experiência da vida e da história³⁷.

Saliente-se que os artigos de uma lei contêm prescrições inspiradas em valores ideais. O alcance e a validade de uma norma há de ser medida em função dos efeitos que produz na sociedade real. O juiz, portanto, deve ter consciência de sua responsabilidade, agindo com razoabilidade, ao invés de buscar subterfúgios no texto estrito, no formalismo da norma, “diante de questões que urgem a necessidade de soluções sob um enfoque mais crítico, mais ousado e criador, para que se rompam os limites da mesmice conservadora”³⁸,

³² REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 251.

³³ SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. Mexico: Porrúa, 1997, p. 230-240.

³⁴ COELHO, Luis Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 211.

³⁵ SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. Mexico: Porrúa, 1997, p. 255.

³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p.177-178.

³⁷ SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. Mexico: Porrúa, 1997, p. 258-259.

³⁸ ALBERNAS JR, Victor Hugo. *Lógica do Razoável*. In: REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO

respeitando-se os limites da legalidade.

Interpretar razoavelmente uma regra jurídica é exercer a equidade, a qual não deve ser utilizada apenas como critério de correção de leis injustas ou omissas, mas sim em todos os casos que demandar a atividade criadora do juiz. A norma é sempre abstrata e não consegue abranger todas as variações da realidade, por isso, pode falhar em muitas situações. Nesses casos, ser equitativo é ser justo, interpretando a lei de modo correto, e produzindo os efeitos desejados pelo legislador.³⁹

Por meio da equidade, realiza-se a justiça no caso concreto. Trata-se de uma “válvula de segurança que possibilita aliviar a tensão e a antinomia entre a norma e a realidade”⁴⁰. Deve ser invocada não só diante de lacunas ou do silêncio da lei, pois “suaviza a dureza das disposições, insinua uma solução mais tolerante, benigna, humana”⁴¹.

Para Luis Recasens Siches a equidade é o único método que sempre e necessariamente deve ser empregado na interpretação e individualização da norma. A doutrina da lógica do razoável é, pois, uma versão refinada e qualificada do que se pretendeu difundir com os ideais do equitativo⁴².

A hermenêutica jurídica apresenta uma série de métodos de interpretação, como o literal (significado das palavras da lei), o subjetivo (intenção/vontade do legislador), o objetivo (vontade da lei), o histórico (busca dos antecedentes), o analógico (semelhança entre casos), dentre outros. No entanto, esta variedade de métodos não soluciona o problema central da hermenêutica, conquanto não revela como, quando e onde deve ser utilizado cada um deles. Em geral, o julgador adota aquela decisão que parece ser a mais justa, e, somente então, busca um método que justifique e se amolde a tal *decisium*⁴³.

Por esta razão, Luiz Recasens Siches propõe uma regra única de interpretação: a lógica do razoável, que tem como sua precursora a equidade⁴⁴.

O Direito deve, pois, ser guiado por valores superiores, como a justiça, a dignidade

ESTADO DE SÃO PAULO; São Paulo n. 54 p. 1-332 dez. 2000; Editora Centro de Estudos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista%20pge%2054.pdf>

³⁹ SILVA, Elizabet Leal; ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *Aspectos Gerais da Lógica do Razoável como Arte da Interpretação Jurídica*. Revista Jurídica Cesumar, v.8, n.1, p.117-129, jan./jun. 2008.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 472.

⁴¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 174.

⁴² SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. Mexico: Porrúa, 1997, p. 244.

⁴³ Karl Engisch assevera em sua obra “Introdução ao Pensamento Jurídico” que “nós temos de contar com a possibilidade de os diferentes métodos conduzirem a resultados contraditórios, com a possibilidade de, por exemplo, o sentido verbal nos encaminhar numa determinada direção e a coerência sistemática ou a gênese histórica do preceito numa outra” (6. Ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 145.).

⁴⁴ SICHES, Luiz Recasens. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. 14. ed. Mexico: Porrúa, 1999.

da pessoa humana, as liberdades fundamentais, a paz, a segurança, o bem-estar social, etc. E o juiz, para garantir a efetividade destes valores, deve pautar-se com razoabilidade, observando a prudência, característica intrínseca de qualquer órgão jurisdicional.

Por prudência, compreende-se uma série de parâmetros que, segundo Luiz Recasens Siches, conduzirão a análise da ação humana, a saber: a) adequação da finalidade para satisfazer a necessidade em questão; b) viabilidade das normas (leis ou sentenças) para produzirem os efeitos desejados; c) a ponderação acerca de se estes efeitos não se constituirão em conflitos maiores do que aqueles que se intentou pacificar; d) a legitimidade dos meios empregados para a consecução de fins justos; e) a satisfação da maior quantidade possível de interesses legítimos com o mínimo de violação aos interesses prejudicados⁴⁵.

Estes desdobramentos da prudência evidenciam uma enorme congruência entre a lógica do razoável e a proporcionalidade nos termos propostos pelos alemães. Note-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade é a utilização dos parâmetros da prudência nos termos explicitados por Luiz Recasens Siches..

Saliente-se que a razoabilidade nos Estados Unidos está atrelada ao princípio do *due process f Law* (devido processo legal), que, na lição de Luis Roberto Barroso, “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”⁴⁶. Ademais, essa razoabilidade refere-se à adequação da norma aos meios e fins previstos na Constituição Federal. Tal conformação também é preconizado pelo princípio da proporcionalidade.

No Brasil, uma linha de construção doutrinária admite o princípio da razoabilidade-proporcionalidade como inerente ao Estado Democrático de Direito, e, neste aspecto, seria um princípio constitucional não escrito. De outro lado, há quem entenda, por influência norte-americana, que a razoabilidade é extraída do aspecto material do devido processo legal⁴⁷.

De qualquer modo, somente será possível ao juiz exercer com responsabilidade a sua função criadora, quando se utilizar de uma razão diferente do silogismo lógico-formal, ou seja, a partir do momento em que intuir valores e a cognição do caso concreto por meio de uma lógica do razoável, a fim de que, com prudência e equidade, profira uma decisão justa, em conformação com os fins da norma, do legislador e da própria Constituição.

⁴⁵ SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12. ed. Mexico: Porrúa, 1997, p. 256-157.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmatic constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo???: Saraiva, 1998.

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmatic constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo???: Saraiva, 1998, p. 217

4 DA COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A afirmação dos direitos fundamentais esteve inicialmente concatenada ao propósito de limitar o poder do Estado, garantindo, assim, ao cidadão um livre espaço para pensar, agir, tomar decisões e se locomover conforme lhe bem aprouver, ou seja, sem ingerência estatal. Trata-se da eficácia vertical dos direitos fundamentais⁴⁸.

No entanto, por ocasião do final da II Guerra Mundial, desenvolveu-se na Alemanha a teoria do “Drittwirkung”, no sentido de que os direitos fundamentais não vinculam somente o Estado, atingindo também a terceiros⁴⁹. Este é o efeito horizontal dos direitos fundamentais ou, como José Joaquim Gomes Canotilho também denomina, “o efeito irradiante dos direitos”⁵⁰.

Gilmar Ferreira Mendes adverte que os direitos fundamentais com eficácia horizontal estão sempre em rota de colisão, em decorrência de que “o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem”⁵¹.

No direito de família é muito frequente a ocorrência de conflitos de direitos fundamentais, haja vista que estes possuem uma eficácia vertical, que atinge todos os entes familiares. Os direitos da criança e do adolescente, por exemplo, irradiam seus efeitos sobre os pais, os avós, os irmãos, dentre outros, ocasionando embates de difícil solução. Nestes casos, surge o princípio da proporcionalidade como um grande aliado para a solução de tais conflitos.

Preliminarmente, é necessário verificar se a colisão entre direitos é real ou aparente. Para isso, deve ser analisado qual é o âmbito de proteção dos direitos envolvidos, ou seja, para quais situações foram prescritos. Ocorre que, deflagrada uma colisão real entre direitos fundamentais⁵², exsurge a necessidade de se encontrar critérios justos para a solução do

⁴⁸DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104-105.

⁴⁹DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 106-107.

⁵⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 86.

⁵¹MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 226.

⁵²Wilson Antonio Steinmetz elucida em sua obra “Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade” que “há colisão de direitos fundamentais quando, *in concreto*, o exercício do direito fundamental de um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular [...]; podendo, ainda, ser direito fundamental individual *versus* direito coletivo fundamental (bem constitucionalmente protegido)” (*Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139).

conflito. Neste contexto, o princípio da proporcionalidade ganha relevância, à medida que permite uma “racionalização de soluções concretas”⁵³, a partir de uma ponderação de bens, “protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, [...], devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual”⁵⁴.

O princípio da proporcionalidade surgiu na história moderna como resultado da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito⁵⁵, de modo que, consoante elucidação de José Joaquim Gomes Canotilho, “dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual”⁵⁶. Entretanto, somente atingiu dimensões constitucionais com o fim da 2ª Guerra Mundial, quando surgiu na Alemanha um Estado de Direito cuja concepção restou atrelada ao princípio da constitucionalidade, o qual, por sua vez, deslocou “para o respeito dos direitos fundamentais o centro da gravidade da ordem jurídica”⁵⁷.

A despeito de no Brasil, assim como nos ordenamentos jurídicos de outros Estados, a proporcionalidade não estar formalmente positivada nos escritos de sua Lei Fundamental, ela existe, contudo, esparsamente normatizada no texto constitucional, o qual já acolhe “de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, [...], sem todavia explicitá-lo”⁵⁸.

Nesse diapasão, assevera Suzana de Toledo Barros que “o princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção”⁵⁹.

No tocante à terminologia utilizada pela doutrina internacional para se referir ao princípio em voga, os termos usualmente adotados na linguagem jurídica do Tribunal Constitucional da Federação Alemã são “proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeit*) e “proibição de excesso” (*Übermassverbot*), os quais são:

⁵³STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade: no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78.

⁵⁴BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 359.

⁵⁵BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 85.

⁵⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 146.

⁵⁷BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 362.

⁵⁸Paulo Bonavides enumera diversas normas constitucionais em que se verifica a aplicação do princípio da proporcionalidade, como os incisos V, X e XXV do art.5º, sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º, sobre direitos sociais; inciso IX do art.37 sobre disposições gerais pertinentes à Administração Pública etc (*Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 395).

⁵⁹BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 95.

[...] via de regra empregados para designar o conjunto de conceitos parciais ou elementos constitutivos denominados sucessivamente adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit, i.e., Sinn*), que compõe o sobredito princípio⁶⁰.

José Joaquim Gomes Canotilho, do mesmo modo, denota que o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) equipara-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, os quais, como “superconceito” (*Oberbegriff*), desdobram-se em três exigências ou princípios: princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*), princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)⁶¹.

Desta feita, com o escopo de melhor elucidar o tema proposto, mister analisar individualmente cada um dos subprincípios que compõe a proporcionalidade em sentido amplo.

4.1 DO PRINCÍPIO DA CONFORMIDADE OU DA ADEQUAÇÃO DE MEIOS (GEEIGNETHEIT)

A aplicação de tal princípio exige que o meio empregado para a restrição de um direito fundamental seja hábil, idôneo a “atingir o fim perseguido”⁶², que consiste na satisfação de um outro preceito fundamental.

Por consectário, ilustra José Joaquim Gomes Canotilho que “a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adopção [...]”. É pois um mecanismo apto a controlar a “relação de adequação medida-fim”⁶³.

Insta salientar que a idoneidade do meio eleito em nada se confunde com a sua eficácia, de modo que é possível vislumbrar mais de um meio apropriado para se atingir a finalidade almejada⁶⁴.

Esclarece Wilson Antonio Steinmetz que a compreensão do meio adequado implica,

⁶⁰BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 366.

⁶¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 382-384.

⁶²STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

⁶³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p.383

⁶⁴BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 78.

para a Corte Constitucional Alemã, em uma formulação positiva do princípio – “é adequado quando com ele é possível alcançar o resultado perseguido”, e uma negativa – examina-se se a restrição “é plenamente inadequada”⁶⁵.

No âmbito do Direito de Família, a análise da conformidade ou da adequação implica na escolha por parte do julgador de uma medida que tenha a condão de produzir os efeitos desejados, seja, por exemplo, uma medida cautelar de separação de corpos, ou uma destituição do poder familiar.

4.2 DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE OU DA NECESSIDADE (ERFORDERLICHKEIT)

O exame da proporcionalidade no caso concreto não se esgota na eleição de uma medida adequada, pois esta não pode exceder os parâmetros imprescindíveis à consecução do do fim legítimo que se busca, conforme ensina Paulo Bonavides:

dentre todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado de princípio da escolha do meio mais suave (“das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels”)⁶⁶.

De qualquer modo, em havendo apenas um meio idôneo, impende “verificar se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão”⁶⁷.

José Joaquim Gomes Canotilho aponta quatro elementos que permitem uma melhor operacionalização prática do princípio:

a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais”; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigência pessoal significa que a medida deve se limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados⁶⁸.

⁶⁵STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

⁶⁶BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 361.

⁶⁷STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 151.

⁶⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 383.

O princípio da exigibilidade revela-se inócuo se o meio erigido não for apropriado para a consecução dos fins almejados. A análise acerca da imprescindibilidade de determinada medida constrictiva de direitos pressupõe uma prévia constatação quanto a sua habilidade de conduzir ao resultado pretendido.⁶⁹

Nos conflitos familiares, a aplicação do princípio da exigibilidade pressupõe uma atuação jurisdicional no sentido de eleger a medida que cause o menor prejuízo possível ao bem jurídico sacrificado. Por exemplo, sempre que possível, o juiz deve preferir a guarda compartilhada, preservando o direito da criança a conviver com ambos os pais⁷⁰. Nos casos de descumprimento dos deveres parentais, é sempre recomendável que o julgador escolha a medida menos drástica, que é a suspensão do poder familiar, ao invés de simplesmente determinar a destituição⁷¹.

4.3 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO (VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT, I.E., SINN)

Havendo colisão de direitos, não basta verificar a adequação e a necessidade de determinada medida restritiva. É imperioso questionar “se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma”⁷². Por tal razão, assevera José Joaquim Gomes Canotilho que “meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim”⁷³.

A essência da proporcionalidade *stricto sensu* está assentada na necessidade de haver equilíbrio entre valores e bens constitucionalmente protegidos, o que, em *ultima ratio*, implica em uma razoável proporção dos meios e fins erigidos, de modo que só é admissível a restrição de princípios “à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro”⁷⁴.

⁶⁹BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 83.

⁷⁰O art. 1.584, §2º, do Código Civil, determina que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

⁷¹Os arts. 1.638 e 1.639 do Código Civil determinam quais as causas que ensejam a suspensão e a perda do poder familiar.

⁷²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 383.

⁷³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 383.

⁷⁴STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade: no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 81.

Acerca deste terceiro desdobramento do princípio da proporcionalidade, assevera Robert Alexy que:

Aqui nos estamos tratando de um balanceamento ou sopesamento num sentido estrito e verdadeiro. Isto é necessário sempre que o cumprimento de um princípio conduza ao não cumprimento do outro [...]. Para este caso, a seguinte lei de ponderação pode ser formulada: quanto mais intensa a interferência em um princípio, mais importante é a realização do outro princípio⁷⁵.

O juízo de ponderação *stricto sensu* no Direito de Família é de grande valia, pois permite realizar um sopesamento entre os bens jurídicos envolvidos no conflito. A colisão entre os direitos fundamentais da criança, do pai, da mãe, dos avós, dos cônjuges, etc, é recorrente nesta área, em razão da eficácia horizontal de tais direitos. Nestes casos, o princípio da proporcionalidade com os seus diversos desdobramentos apresenta critérios essenciais para que se encontre uma solução justa, em que haja o menor sacrifício possível dos bens jurídicos em rota de colisão.

5 DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

A sociedade contemporânea passa por rápidas transformações sociais, o que acarreta uma constante colisão entre princípios e valores que precisam se harmonizar. A moral é heterogênea, não obstante, o juiz é chamado a decidir no meio de tantas contradições. E o critério, deve ser a razão, mas não aquela razão matemática, mas sim a razão material, que Recasens Siches chamou de lógica do razoável. Logo, mais do que nunca, o juiz precisa fundamentar racionalmente sua decisão⁷⁶, explicando os critérios que utilizou para escolher determinada interpretação em detrimento de outras.

O grande expoente das transformações e contradições contemporâneas é a família. Paulo Lôbo elucidada que:

A família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado

⁷⁵ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005.

⁷⁶O art. 93, IX, da Constituição Federal estabelece o dever do juiz de motivar suas decisões: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”.

social, ao longo do século XX. No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei⁷⁷.

Hodiernamente, a família tem sido definida a partir do afeto e da pluralidade de sua configuração, de modo a abranger famílias formadas por apenas um pai ou apenas uma mãe, famílias compostas por irmãos, ou uniões informais compostas por uma união homoafetiva. Fala-se em família eudemonista, a qual serve para proporcionar a felicidade e prazer a cada um dos membros familiares⁷⁸.

No entanto, entre os interesses individuais que compõem a família eudemonista, existe um que deve prevalecer: o interesse da criança e do adolescente. O Princípio 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança estabelece que as leis devem ser instituídas com fundamento no “melhor interesse da criança”. Do mesmo modo, a Convenção acerca dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20.11.1989, prevê, em seu art. 3º, item “1”, que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse criança”.

O princípio do melhor interesse⁷⁹ deve ser utilizado como “critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”⁸⁰ haja vista que prioriza as necessidades da criança e do adolescente quando em conflito com os interesses dos pais, do Estado ou dos demais entes familiares.

Elucida Guilherme Calmon Nogueira Gama⁸¹ que o princípio do melhor interesse da

⁷⁷ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

⁷⁸ Maria Berenice Dias afirma que “o novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família” (*Manual de Direito das Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41). Luiz Edson Fachin entende que “a família se torna plural. [...] Na família constitucionalizada começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade” (. Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo sob o Código Civil Brasileiro. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eline Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e Estruturas Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 339)

⁷⁹ O art. 100, parágrafo único, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina que um dos princípios para aplicação das medidas de proteção aos infantes é o “interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”.

⁸⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31.

⁸¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Cuidado e planejamento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 240.

criança e do adolescente materializou uma relevante alteração de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o menor deixa de ser visto como objeto para alçar a condição de sujeito de direito, ou seja, “a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa”.

Em muitas situações que chegam às varas de família, o juiz se vê diante de casos de difícil solução, sobretudo quando envolve o interesse de crianças e adolescentes. Nestas hipóteses, o juiz deve agir segundo a lógica do razoável, interpretando com equidade, e fazendo um juízo de ponderação e adequação dos meios e dos fins, pois apenas assim estará se portando com prudência.

O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal⁸² levantou, novamente, a questão sobre a possibilidade destes casais adotarem ou de se utilizarem da inseminação artificial heteróloga para gerarem filhos. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou procedente um pedido de habilitação à adoção conjunta por pessoas do mesmo sexo, com fundamento na proteção aos direitos dos infantes:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Embora a controvérsia na jurisprudência, havendo possibilidade de reconhecimento da união formada por duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, consoante precedentes desta Corte, igualmente é de se admitir a adoção homoparental, inexistindo vedação legal expressa à hipótese. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.⁸³

De outro lado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não reconheceu a dupla maternidade de um nascituro inseminado artificialmente, pelas seguintes razões:

⁸²Decisão por unanimidade do Pleno na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, julgada em 05/05/2011 (Relator: Ministro Ayres Britto).

⁸³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009

1) União homoafetiva. Pedido das parceiras de declaração de maternidade e filiação de nascituro, fruto de inseminação artificial, mediante reprodução heteróloga assistida. Inseminação artificial, por doador anônimo, do óvulo de uma, posteriormente introduzido no útero da outra. Sentença de improcedência. - 2) Flagrante violação às normas éticas que regem a reprodução assistida e que vedam a prática de qualquer manipulação de células germinativas humanas através de expedientes divorciados dos objetivos da ciência. Lei 8.974/95 e Resoluções do Conselho Federal Medicina. - 3) A inseminação artificial só deve ser utilizada para fins de reprodução assistida de forma subsidiária, com o objetivo tão-somente de auxiliar na solução de problemas de infertilidade humana. - 4) A utilização de técnicas de biogenética, visando à satisfação da reprodução da linhagem ascentral ou à afirmação de uma relação amorosa (busca da felicidade), não encontra respaldo jurídico. - 5) A pretensão de obter um registro com dupla maternidade é impossível, não prevendo a ciência médica ou o nosso ordenamento jurídico o nascimento de um ser gerado e parido por duas mães ao mesmo tempo nem a feitura de um registro de nascimento original no qual conste a dupla maternidade ou paternidade. - 7) Sentença mantida. Recurso desprovido.⁸⁴

Note-se que há uma colisão entre o direito de procriação e de planejamento familiar dos casais homoafetivos, e o direito de filiação da criança de ter um pai e uma mãe, além da questão quanto à restrição da inseminação artificial para casais que estão impossibilitados de gerar filhos naturalmente.

O que deve prevalecer? Como o juiz pode determinar qual é o interesse superior da criança? Diante da omissão legislativa a esse respeito, as decisões jurisdicionais deverão ser tomadas com base nas circunstâncias do caso concreto, por meio da análise das prováveis conseqüências que decorreriam de cada uma das possíveis interpretações, de um juízo de ponderação entre esses resultados, de sua adequação à finalidade proposta, tendo em vista os valores superiores vigentes: justiça, dignidade da pessoa humana, liberdade, paz, bem-estar social etc.

No caso da decisão citada anteriormente⁸⁵, o Desembargador Paulo Mauricio Pereira deixou de observar, por exemplo, que não existe no Brasil lei em sentido estrito que proíba a utilização das técnicas de reprodução assistida por casais homoafetivos⁸⁶. Além disso, uma vez nascida a criança nestas circunstâncias, o julgador deveria ter sopesado o interesse desse menor quanto aos alimentos e à sucessão em relação a ambas as mães, e, por isso, mesmo sem

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0048701-38.2010.8.19.0001. Relator: Des. Paulo Mauricio Pereira. Julgamento: 02/02/2011.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0048701-38.2010.8.19.0001. Relator: Des. Paulo Mauricio Pereira. Julgamento: 02/02/2011.

⁸⁶ No Brasil, existe apenas a Resolução n. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, que estabelece normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

concordar com a escolha feita pelas mulheres, poderia ter decidido favoravelmente pelo registro, tendo em vista o melhor interesse do infante.

A inseminação artificial *post mortem* também é de difícil solução, porque a criança nascerá privada da convivência familiar com o pai biológico. Questiona-se, portanto, qual direito deve prevalecer, se o direito da mãe de ter um filho de seu falecido esposo, por exemplo, ou se o direito do menor de conviver com ambos os pais.

Além desse problema, existem as discussões acerca da sucessão oriunda de tal procedimento. Parte da doutrina⁸⁷ entende que, embora os vínculos de filiação devam ser estabelecidos, a inseminação *post mortem* não poderá gerar direitos de ordem patrimonial, pois isso acarretaria problemas de ordem prática e infringiria os princípios constitucionais da segurança jurídica e da irretroatividade⁸⁸.

Toda cautela é necessária nesses casos, e, enquanto o legislador não regulamenta a questão, os juízes e tribunais devem agir com razoabilidade e proporcionalidade, a fim de que o melhor interesse da criança seja respeitado e preservado.

Chegam com frequência ao Judiciário, situações em que crianças ou adolescentes estão sendo vítimas de violência física, psíquica ou sexual perpetrada pelos próprios pais. O ordenamento jurídico brasileiro admite, diante deste quadro, a suspensão ou perda do poder familiar. Aquela poderá ser decretada quando houver abuso de autoridade, faltando os pais com os deveres que lhe são inerentes (art.1.637 do Código Civil), enquanto que esta ocorrerá em caso de castigo imoderado, de abandono do filho, da prática de atos contrários à moral ou aos bons costumes, ou da reiteração das faltas aos deveres parentais (art. 1.638 do Código Civil).

A perda e suspensão do poder familiar são medidas que devem ser tomadas em *ultima ratio*, quando todos os outros esforços para superar a violência constatada *in loco* mostrarem-se inócuos. Além disso, a criança ou adolescente vitimizados devem, de preferência, serem encaminhados a uma família substituta, e, somente quando isso não for possível é que deverão ser institucionalizados⁸⁹.

Se o juiz está diante de um caso de violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente, deve se utilizar da proporcionalidade e seus desdobramentos para verificar qual a

⁸⁷ Nesse sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 90, v. 328 de 1994. BITTAR, Carlos Alberto. Problemas ético-jurídicos da inseminação artificial. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: (277-278), v. 696, ano 82, out. 93. MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁸⁸ DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 nov. 2004.

⁸⁹ Cf. art. 100, par. Único, inc. X, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

decisão mais razoável a ser tomada. Em primeiro lugar, dentre todas as medidas⁹⁰ que podem ser adotadas, cabe analisar quais delas são adequadas, idôneas para atingir o fim perseguido, que é a proteção do infante em seu melhor interesse.

Em segundo, não é suficiente que tais medidas sejam adequadas. Cabe averiguar qual delas importa na menor restrição possível aos direitos fundamentais em jogo, pois devem ser preservados, conforme possível, o direito à convivência familiar, e o direito dos pais de educarem e criarem seu filhos.

Por último, havendo dúvida, por exemplo, quanto à suspender o poder familiar e encaminhar a criança para uma família substituta, ou incluir os pais em programa oficial de apoio comunitário à família e submetê-los a tratamento psicológico e psiquiátrico, o juiz há de fazer uma ponderação entre os meios e fins erigidos, a fim de que haja um equilíbrio entre valores e bens constitucionalmente protegidos.

Saliente-se que o art. 100, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina no inciso VIII que um dos princípios a serem observados quando da aplicação de medidas protetivas, é justamente a proporcionalidade, sendo que a “intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada”.

Litígios judiciais envolvendo a guarda de menores são cada vez mais recorrentes. Contudo, o juiz deve se atentar para a possível prática de alienação parental⁹¹, a qual ocorre quando um dos pais, detentor da guarda por ocasião da ruptura do vínculo matrimonial, priva a criança e o outro genitor, com mecanismos ardis e falsos, da convivência familiar⁹².

As sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima desta prática é chamada de Síndrome da Alienação Parental, que, quando não diagnosticada a tempo, traz consequências nefastas para a formação da personalidade infanto-juvenil, pois a criança cresce sem um vínculo afetivo, estável e verdadeiro com seus pais, o que fere sua integridade psíquica, levando-a a desenvolver patologias como hipocondria, insônia, anorexia, depressão, medo, falta de organização, dificuldades escolares, inclinação ao álcool e às

⁹⁰ No caso de violação aos direitos da criança e do adolescente pelos pais, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê no art. 101 as seguintes medidas a serem adotadas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituta.

⁹¹ A alienação parental foi regulamentada no Brasil pela Lei n. 12.318/2010.

⁹² CARDIN, Valéria Silva Galdino; RUIZ, Ivan Aparecido. Alienação parental e mediação familiar. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 9, 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

drogas, e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas.⁹³

Nesses casos, o juiz deve estar atento para que o direito à convivência familiar não seja mitigado por falsas denúncias de abuso sexual, ou pela manipulação psicológica da criança. Em sendo constatada a prática de alienação parental, a medida a ser adotada quanto à guarda e regulamentação do exercício do direito de visitas deverá ser escolhida com razoabilidade, levando-se em conta sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Segue, nesse diapasão, uma decisão do Tribunal de Justiça do Paraná:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - DECISÃO QUE REVERTEU A GUARDA DOS FILHOS MENORES PARA O GENITOR - COMPORTAMENTO INADEQUADO DA GENITORA EM PREJUÍZO DOS MENORES - IMPEDIMENTO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VISITAÇÃO PATERNA - INTENÇÃO DA MÃE E DE SEUS FAMILIARES DE IMPEDIR A CRIAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO DOS FILHOS COM O PAI - INOBSERVÂNCIA DOS DEVERES INERENTES À GUARDA PELA GENITORA - REITERADO DESCUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS PARA PERMISSÃO DAS VISITAS PATERNAS - OPOSIÇÃO DE OBSTÁCULOS À ATUAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR E ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO DOS MENORES - ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA - INEFICÁCIA DAS MEDIDAS APLICADAS PELO JUÍZO - NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DA GUARDA - PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DOS MENORES - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.⁹⁴

Muitos outros dilemas familiares demandam uma resposta diária e justa do Poder Judiciário. O juiz e tribunais devem, portanto, agir com prudência, intuindo valores, interpretando com equidade as normas aplicadas ao caso concreto, e utilizando-se de juízos de conformação, necessidade e ponderação, a fim de que, tendo em vista sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, aproximem-se do ideal de justiça e de dignidade da pessoa humana, com a menor restrição possível de bens jurídicos prejudicados.

CONCLUSÃO

As grandes codificações modernas, como a Constituição Francesa (1791), a Constituição dos Estados Unidos da América (1797), dentre outras, são fruto de um movimento racionalista do Direito, que primava pela segurança jurídica, resultando no

⁹³TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento n. 0718379-9. Relator: Desembargador Clayton Camargo. Julgamento: 10/11/2010. Publicação: DJ: 513.

surgimento de escolas que defendiam a interpretação silogística da lei, das quais “la École de l’Exégèse” foi a maior expoente. Contudo, em decorrência das rápidas transformações sociais, nasceram novos conflitos, cuja solução não estava prevista nos detalhados e soberanos códigos da época.

Diante da incapacidade de o método lógico-dedutivo resolver todas as demandas da sociedade, surgiu a necessidade de se encontrar novas formas de interpretar o Direito, de modo a alcançar a pacificação social. Nesse sentido, a lógica do razoável proposta por Luiz Recasens Siches rompeu com o pensamento silogístico, emprestado da área das ciências exatas, à medida que propôs um novo método de raciocínio, mais apropriado ao Direito, pois considerava os valores políticos, filosóficos, econômicos e sociais vigentes em um determinado momento histórico.

De acordo com a teoria de Luiz Recasens Siches, o juiz também exerce uma função criadora, em decorrência de que não lhe cabe apenas aplicar a lei, mas sim encontrar a solução mais justa para cada caso concreto. E isto apenas pode ocorrer se o julgador compreender que deve intuir valores por meio de uma lógica do razoável que tenha como fundamento a prudência e a equidade.

Neste aspecto, a razoabilidade coaduna-se com a proporcionalidade, haja vista que apenas será possível que um juiz ou um tribunal emanem uma decisão razoável se observarem os critérios da prudência, ou seja, se o resultado da demanda for adequado, necessário e proporcional.

A utilização do princípio da proporcionalidade é essencial para a solução de colisões ocasionadas em decorrência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como diuturnamente ocorre no Direito de Família. Isto porque permite solucionar os conflitos a partir de critérios pré-estabelecidos. Assim, deve ser analisado se a medida ou o meio que restringe um direito é adequado e necessário para a consecução do fim pretendido, que é a satisfação de outro direito. Além disso, impende realizar uma ponderação em sentido estrito, a fim de que haja o menor sacrifício possível dos bens jurídicos envolvidos.

Hodiernamente, as rápidas alterações tecnológicas, científicas e econômicas têm influenciado diretamente na transformação dos valores da sociedade. A família contemporânea tem refletido toda esta mudança, sendo caracterizada pela presença do afeto e do eudemonismo, ou seja, a busca do prazer e da satisfação individual de cada membro.

As constantes modificações dos paradigmas familiares acarretam no surgimento de conflitos de difícil solução, em que a aplicação silogística da legislação, por mais atualizada que esteja, mostra-se insuficiente para resolver o litígio. Neste contexto, é imperioso que os

juízes das varas de família e das varas da infância e da juventude utilizem-se da lógica do razoável, buscando soluções justas e proporcionais, que estejam em consonância com os valores da sociedade.

Quando a lide envolve uma criança ou um adolescente, o papel do Poder Judiciário é agir com o máximo de cuidado, fundamentando as decisões no melhor interesse do infante. No entanto, esta não é uma tarefa fácil, em decorrência de que é necessário intuir valores e raciocinar com razoabilidade para se verificar o que, de fato, proporcionará ao menor vulnerável um bem maior.

O progresso das técnicas de reprodução assistida, por exemplo, suscitam questões ainda não regulamentadas pela lei, mas que já alcançam os tribunais, como a utilização da inseminação artificial por casais homoafetivos e o registro da criança nascida desta técnica, a maternidade de substituição, a inseminação *post mortem*, etc.

Em decorrência do grande número de divórcios, são recorrentes as ações em que se discute a guarda dos filhos, e nas quais é constatada a prática de alienação parental. Por outro lado, as denúncias de violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente têm chegado ao Judiciário, e, muitas vezes, cabe ao juiz decidir pela suspensão ou destituição do poder familiar, bem como quanto ao encaminhamento que deve ser dado à vítima.

Decidir acerca dos limites do planejamento familiar, sobre se é o pai ou a mãe que devem ficar com a guarda da criança, se é caso de alienação parental, se ocorre violência doméstica e, por isso, se o menor deve ser afastado ou não do lar, é sempre muito delicado, sobretudo porque se trata do interesse de seres vulneráveis, que merecem proteção integral por parte do Estado. Nestes casos, em que a solução não está escrita no artigo de uma lei ou de um código, o juiz deve pautar-se com razoabilidade, utilizando-se da proporcionalidade e seus critérios para que tome uma decisão justa, adequada e necessária, com o menor sacrifício possível dos direitos fundamentais em conflito.

REFERÊNCIAS

ALBERNAS JR, Victor Hugo. Lógica do Razoável. In: REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO; São Paulo n. 54 p. 1-332 dez. 2000; Centro de Estudos. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista%20pge%2054.pdf>

ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 90, v. 328, 1994.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Método e Hermenêutica Material no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em 14 maio 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. Problemas ético-jurídicos da inseminação artificial. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: (277-278), v. 696, ano 82, out. 93.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Beni e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento n. 0718379-9. Relator: Desembargador Clayton Camargo. Julgamento: 10/11/2010. Publicação: DJ: 513.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0048701-38.2010.8.19.0001. Relator: Des. Paulo Mauricio Pereira. Julgamento: 02 fev. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; RUIZ, Ivan Aparecido. Alienação parental e mediação familiar. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 9, 2010, Florianópolis. *Anais...Florianópolis: Fundação Boiteux*, 2010.

COELHO, Luis Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 211.

DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 nov. 2004.

DIAS, Maria Berenice. Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo sob o Código Civil Brasileiro. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eline Ferreira;

MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e Estruturas Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. Ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Cuidado e planejamento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p.177-178.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 247.

_____. Para uma Hermenêutica Jurídica Estrutural. In: SALINAS, Sara Castillo. *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, t.1.

SICHES, Luiz Recasens. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. 14. ed. Mexico: Porrúa,

1999.

_____. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. 14. ed. Mexico: Porrúa, 1999.

SILVA, Elizabet Leal; ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *Aspectos Gerais da Lógica do Razoável como Arte da Interpretação Jurídica*. Revista Jurídica Cesumar, v.8, n.1, p.117-129, jan./jun. 2008.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade: no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104.