

ESTRUTURA ARGUMENTATIVA DO EXAME DE NECESSIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DO *HABEAS CORPUS* 71.373-4/RS[†]

Marina Rosa Cé Luft

1. OBJETO E OBJETIVOS DO TRABALHO



presente trabalho adota o *Habeas Corpus* 71.373-4 como pano de fundo à revisitação de aspectos teóricos que envolvem, de forma específica, a aplicação do teste da necessidade enquanto integrante da estrutura da proporcionalidade em sentido amplo.

Nesse sentido, após breve contextualização das propriedades de relevo abarcadas no *Habeas Corpus*, da identificação das normas conflitantes e do tipo de conflito suscitado pelo caso, passa-se à aplicação da proporcionalidade. A aplicação concretiza-se, inicialmente, através do teste de adequação e, para o que aqui nos importa, as nuances que envolvem a aplicação do teste da necessidade, cuja abordagem perfaz o objeto central do presente estudo.

2. O OBJETO DO *HABEAS CORPUS* 71.373-4/RS

O acórdão, prolatado pelo Supremo Tribunal Federal em 1994 e utilizado como pano de fundo à execução deste trabalho, diz respeito a *habeas corpus* impetrado por José Antonio Gomes Pinheiro Machado, em face de quem tramitava ação de investigação de paternidade promovida por gêmeas nascidas no ano de

[†] Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, 2018/2019 - Especialidade de Direito Constitucional. Disciplina de Direitos Fundamentais. Regente: Professor Doutor David Duarte

1990, na cidade de Porto Alegre/RS/Brasil.

No deslinde do processo, tendo o impetrante recusado a realização de exame pericial específico, consubstanciado em coleta de material sanguíneo, houve a determinação emitida pelo juízo de que: “deverá o réu comparecer, assim que intimado, sob pena de *condução sob vara*, eis que, no caso, seu corpo é objeto de direitos, não sendo cabível invocar direito personalíssimo de disponibilidade do próprio corpo”¹.

A determinação foi posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pela maioria de dois votos contra um, inclusive no que dizia respeito à condução coercitiva do impetrante (“*condução sob vara*”). Embora tenha o impetrante interposto recurso especial e extraordinário, a decisão do Tribunal ensejou a marcação do exame pericial, tendo em vista que os recursos não possuem efeito suspensivo.

Tendo em vista a data e horário especificada à coleta de material sanguíneo do impetrante, somada à determinação de que, se o comparecimento não se perfectibilizasse de forma espontânea, deveria ser conduzido *sob vara*, configurou-se um cenário de latente ameaça à liberdade de locomoção e, primordialmente, à integridade física do impetrante.

Diante dessas circunstâncias é que se deu a propositura do *habeas corpus*, cuja previsão tem assento constitucional no inciso LXVIII do artigo 5º² da Constituição brasileira. Através dele solicitou-se, liminarmente, a sustação dos efeitos da decisão do Tribunal até o julgamento do *habeas corpus* interposto – pedido que foi deferido e justificado pelas “circunstâncias in comuns do caso”³, bem como na ideia de que a execução da ordem

¹ Cfr. Relatório do Habeas Corpus nº 71.373-4/RS, pp. 399-400.

² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

³ Cfr. Relatório do Habeas Corpus nº 71.373-4/RS, pp. 407.

decorrente do julgamento poderia traduzir um risco de grave violação a garantias constitucionais consolidadas.⁴ Ainda, postulou-se o acolhimento do *habeas corpus*, bem como a suspensão da determinação até o julgamento dos recursos especial e extraordinário interpostos pelo impetrante.

Nesse sentido, o objeto do *habeas corpus* 71.373-4/RS dizia respeito à possibilidade ou impossibilidade do impetrante, tendo em vista a ação de investigação de paternidade na qual figurava enquanto réu, ser conduzido forçosamente a submeter-se à exame de DNA, com coleta de seu material sanguíneo, a partir da recusa de, espontaneamente, fazê-lo.

Cumprido destacar que, à época do julgamento, em 1994, inexistia previsão legal aplicável à matéria, que fora editada apenas em 2009 mediante a inserção do artigo 2º-A⁵ na Lei 8.560/92, que passou a prever, em seu parágrafo único, regra subsumível ao caso. Dessa forma, impende esclarecer que o presente estudo desconsidera a inovação legislativa, a fim de explorar uma decisão racional passível de ter sido exarada à época, percorrendo um trajeto técnico que tem como enfoque central questões teóricas atinentes ao teste da necessidade, propiciado através da aplicação da proporcionalidade em sentido amplo.

2.2 NORMAS CONFLITANTES E TIPO DE INCONSISTÊNCIA SUSCITADA PELO CASO

Embora diante de um conflito plurinormativo, o *habeas corpus* em questão traz em seu bojo um conflito normativo travado, especialmente, entre a integridade física do impetrante –

⁴ Cfr. Relatório do Habeas Corpus nº 71.373-4/RS, pp. 405.

⁵ Lei 8.560/92, Artigo 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009).

proteção que decorre do artigo 5º, III e X⁶, da Constituição de 1988 – contraposto ao direito à identidade das crianças – consagrado expressamente no artigo 17⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei que melhor especifica os direitos constitucionais das crianças e adolescentes.

Em que pese entendamos que o direito à identidade aparece como corolário do preceito constitucional que assegura, no caso em questão, à criança e ao adolescente o direito à dignidade⁸, é importante frisar que é reconhecida – e inclusive frequente – a possibilidade de um bem, princípio ou interesse que não possua reconhecimento constitucional expresso prevalecer diante de um determinado interesse protegido por meio de um direito fundamental inserido no bojo de uma Constituição, ou seja: ainda que de eventual natureza infraconstitucional, o direito reivindicável no caso concreto pode adquirir um peso substancial que se confronta relativamente ao peso de um bem jusfundamental de consagração constitucional expressa que o contrapõe.⁹

Impende destacar, ainda, que mesmo sendo a

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁷ Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Artigo 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

⁹ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 115.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 altamente prolixa, observa-se que nem todos os bens merecedores de proteção jurídica constam, expressamente, em seu bojo. O próprio constituinte atentou para a impossibilidade de o fazê-lo, razão pela qual o próprio texto constitucional permite o reconhecimento de direitos fundamentais de caráter implícito, que decorram do regime e dos princípios adotados pela Constituição.¹⁰

Do direito fundamental à identidade decorre, ainda, uma série de outros direitos que com ele correlacionam-se: o direito a inserir-se, genealogicamente, em uma família; o direito de saber acerca de seu patrimônio genético (inclusive com vistas a precisar propensões ao desenvolvimento de determinadas doenças); o direito de não ser privado da família, dentre outros.¹¹

O direito à integridade física, por sua vez, aparece, segundo parte da doutrina, como corolário do direito à vida, definindo-se quando da confluência de duas características: subjetivamente, protege o titular de intervenções não consentidas; objetivamente, para que se verifique uma afetação a esse direito, a intervenção deve produzir uma lesão verificável, por menor que seja, no corpo do indivíduo.¹² Nesse sentido, tendo em vista a ausência de consentimento do impetrante à retirada de material interno (sanguíneo) de seu próprio corpo, o que se verifica claramente é uma iminente afronta à sua integridade física.

Resta evidente, portanto, o conflito normativo travado entre a integridade física¹³ e o direito à identidade das crianças,

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹¹ PAULO OTERO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 71.75.

¹² JAVIER PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 333.

¹³ Nesse sentido, discordamos veementemente da posição de Paula Costa e Silva, quando afirma que “qualquer um dos tipos de ação que são necessários à recolha de materiais, dos quais se possa extrair ADN, não consubstanciam violações ao direito à integridade física”, concluindo a autora pela inexistência de “qualquer obstáculo à

uma vez que presentes os requisitos que o revela, quais sejam: a sobreposição dos antecedentes somada à incompatibilidade das consequências deônticas.¹⁴ No caso em comento, a sobreposição de antecedentes manifesta-se, segundo a distinção de Alf Ross, de forma parcial-parcial, uma vez que, embora ambas as normas possuam âmbitos de aplicação autônomos, apresentam soluções incompatíveis que, no caso, se sobrepõem.¹⁵

Apesar da inexistência de colisão quando consideradas em abstrato, as normas colidem quando diante do caso em concreto, evidenciando, dessa forma, um conflito de interseção, pois só subsiste o embate na zona de sobreposição normativa.¹⁶ Nesse sentido, diante desta classe de inconsistência do tipo parcial-parcial que, pela própria natureza, torna inviável a resolução da questão por meio de normas de conflitos¹⁷, o deslinde deste conflito pode dar-se através da aplicação do exame da proporcionalidade em sentido amplo, conforme se procurará demonstrar no presente estudo. Nesse sentido, tem se afirmado que a proporcionalidade atua como “um dos limites à limitação dos direitos”¹⁸.

imposição coerciva da realização de exames de ADN”, cfr. PAULA COSTA E SILVA, “A realização coercitiva de testes de ADN em ações de estabelecimento de filiação”, in: Estudos em Homenagem à Professora Isabel de Magalhães Collaço, Vol. II, Separata, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 598-599.

¹⁴ DAVID DUARTE, “Esquema sobre as Condições Normativas necessárias à Ponderação”, in: Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Blanco de Moraes e Cesar Cunha Campos (Organizadores), Reforma do Estado Social no Contexto da Globalização - VI Fórum Jurídico de Lisboa, 2018, p. 240.

¹⁵ CARLOS SANTIAGO NINO, *Introdução à Análise do Direito*, Tradução de Elza Maria Gasparotto, Wmf Martins Fontes, São Paulo, 2010, p. 325.

¹⁶ DAVID DUARTE, “Esquema sobre as Condições Normativas necessárias à Ponderação”, cit., p. 243.

¹⁷ Nesse sentido, “a verificação de um cenário normativo em que duas ou mais normas conflituam sem que uma norma de conflitos possa determinar qual delas é aplicável ao caso constitui o estado de coisas em que a ponderação é pertinente”, cfr. DAVID DUARTE, “Esquema sobre as Condições Normativas necessárias à Ponderação”, cit., p. 247.

¹⁸ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 24, tradução livre.

3. EXAME DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO NO CASO DO *HABEAS CORPUS* 71.373-4/RS

A definição dos princípios enquanto mandados de otimização (ou, para certa doutrina, como *mandados que devem ser otimizados*)¹⁹ caracteriza-os pela possibilidade de serem satisfeitos em diferentes graus, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas.²⁰ Nesse sentido, estabelece-se uma conexão entre a teoria dos princípios e a proporcionalidade, sendo que esta última compreende três regras²¹ ou subprincípios: idoneidade (também chamado de adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²² Essas três máximas parciais definem o que se

¹⁹ Isso porque os princípios figuram enquanto objeto de ponderação, cfr. LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., pp. 29-30.

²⁰ ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5.ª edição alemã da *Theorie der Grundrechte*, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 90.

²¹ Alexy adota expressões traduzíveis em princípio da proporcionalidade, “mas do seu ponto de vista, a exigência de proporcionalidade *não é objeto de um princípio* no sentido adoptado no seu trabalho, tal como não são princípios os seus três testes, apesar da terminologia usual aludir a subprincípios. Quanto a estes três testes (adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e) refere que são, em verdade, *reglas, que ou se aplicam ou não*”, cfr. VITALINO CANAS, “*A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)*”, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. III: Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p 875.

Laura Clérico, por sua vez, afirma que “el mandato de proporcionalidad en sentido amplio y sus três submandatos tienen carácter de reglas”, cfr. LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 30.

Compartilha do mesmo entendimento Carlos Bernal Pulido, quando afirma que “es pertinente señalar que los subprincipios de la proporcionalidad tienen el carácter de reglas. Aunque parezca una contradicción, el principio de proporcionalidad no se define como un principio, en el sentido de una norma jurídica que impugna un mandato de optimización, sino como un conjunto de tres reglas que ordenan ser cumplidas, cuando ocurren los supuestos en que debe aplicarse el principio de proporcionalidad”, cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 736.

²² ROBERT ALEXY, “*Los Derechos Fundamentales y el Principio De Proporcionalidad*”, in: Revista Española de Derecho Constitucional, nº 91, enero-abril, 2011, p.

entende, na teoria dos princípios, por otimização.²³

Admitido o conflito normativo²⁴, passa-se à realização da aplicação da proporcionalidade, que, *a priori*, trata-se de um exame formal-procedimental, uma vez que não exige que o resultado obtido corresponda com valores materiais.²⁵ O exame da proporcionalidade possui extrema relevância e serve de baliza a toda e qualquer restrição ou limitação na seara dos direitos fundamentais, sendo ínsita à própria existência de um Estado de Direito²⁶, o que faz com que este princípio não escrito carregue o ônus de proteger os direitos fundamentais, em diversas ordens constitucionais.²⁷

Impende destacar que, em que pese o abordado no presente estudo tenha por objeto uma determinação judicial em concreto, os estudos acerca da aplicação da proporcionalidade em sentido amplo incidem precipuamente sobre o controle abstrato de atos legislativos que, com base na mesma estrutura argumentativa aqui abordada, adquirem, entretanto, uma tônica ainda mais cuidadosa em virtude da observância do princípio democrático que subjaz sua edição. Entretanto, é imperioso ter presente a ideia de que “também as sentenças judiciais e não apenas

13.

²³ ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5.ª edição alemã da *Theorie der Grundrechte*, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, p. 588.

²⁴ O conflito foi expressamente exposto pelos Ministros, como se observa em trecho do voto do Ministro Francisco Rezek, relator, quando afirma que competiria ao Supremo Tribunal Federal averiguar, no caso, “a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física”, cfr. Voto do Ministro Francisco Redek (relator) no Habeas Corpus 71.373-4/RS, 1994, p. 409.

²⁵ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 32.

²⁶ LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O Proporcional e o Razoável”, in: *Revista dos Tribunais*, a. 91, nº 798, São Paulo, abr. 2002, p. 42.

²⁷ DIETER GRIMM, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, in: *University of Toronto Law Journal*, nº 57, 2007, p. 386.

os atos do legislador devem obediência ao princípio”²⁸, sendo que análise específica deste *habeas corpus* vem corroborar esta afirmação.

Por isso, alguns autores referem a diferenciação de níveis de aplicação da proporcionalidade em sentido amplo: um a nível de controle abstrato, aplicável ao controle de constitucionalidade das leis, e outro a nível de controle concreto de aplicação de leis, bem como de controle de atos judiciais e da Administração.²⁹ O fato é que toda a medida que representa uma intervenção em determinado direito fundamental (tal como ocorre no caso abordado) torna-se passível se submeter-se ao crivo do exame de sua proporcionalidade.

Muito embora não seja pretensão do presente estudo a averiguação da natureza jurídica da proporcionalidade, pontuamos a consideração da adequação e da necessidade enquanto regras de segundo grau que, com base nas possibilidades fáticas, determinam a possibilidade de satisfação de um princípio, sendo a proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, regra de segundo grau que, diversamente, determina a satisfação possível de um princípio com base em possibilidades jurídicas.³⁰

Quando se avalia a justificabilidade de uma medida restritiva de algum direito, recorrem-se inicialmente a argumentações de cunho empírico – exames da idoneidade e necessidade –, o que permite afirmar que nem toda a estrutura integrante da proporcionalidade em sentido amplo corresponde à ponderação propriamente dita: apenas parte determinada da proporcionalidade em sentido estrito a conteria, sendo que os dois primeiros exames abarcam em seu âmago, conforme se demonstrará,

²⁸ INGO WOLFGANG SARLET, “Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência”, in: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 10, Madrid, 2006, p. 348.

²⁹ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 751.

³⁰ Tal como exposto por LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 30.

outros tipos de argumentação.³¹

Apesar de fundamentadas divergências, tem se considerado a existência de uma relação de subsidiariedade entre a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que faz com que entre eles estabeleça-se uma relação de eliminatoriedade³², que nos propomos a evidenciar nos tópicos que se seguem.

3.1 TESTE DA ADEQUAÇÃO

A verificação da adequação adquire um caráter eminentemente empírico, residindo na relação de adequação entre a medida e o fim visado. No caso em análise, a indagação que o teste da adequação suscita consiste em saber se a condução coercitiva do suposto pai ao laboratório para coleta de material sanguíneo destinado à realização do exame de DNA é um meio apto para que as crianças tenham ciência de suas identidades.

Ocorre que o resultado do exame de DNA realizado com o impetrante só admite dois resultados possíveis quanto à paternidade: positivo ou negativo. Parece-nos evidente que a condução coercitiva do suposto pai à realização do exame figuraria como meio apto à garantia da real identidade das crianças não apenas caso o exame de DNA resultasse positivo. De igual forma, a obtenção de um resultado negativo não elidiria a adequação do meio. Isso porque, em caso de feitura do exame e obtenção de resultado negativo, seria igualmente garantida a identidade das crianças relativamente ao impetrante, no sentido de que haveria certeza acerca da negativa de paternidade em relação àquele em face de quem se suspeitava.

Verifica-se que o *meio*, nesse caso, significa o sacrifício da integridade física do suposto pai. Um meio inidôneo ou

³¹ LAURA CLÉRICO, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, in: Anuario de Filosofía del Derecho, (XXXI), 2015, ISSN: 0518-0872, p. 80.

³² LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O Proporcional e o Razoável”, cit., p. 34.

inadequado não cumpre com uma das exigências mínimas do mandado da proporcionalidade, qual seja: que o meio fomente, de alguma forma, o fim ou princípio desejado.³³

Sendo assim, parece-nos que o *teste da adequação* adquire um caráter redundante, na medida em que se o meio não fosse adequado – e, portanto, não lograsse êxito o “teste da adequação” –, não estaríamos diante de um conflito, o que faz com que a relevância prática do subprincípio da idoneidade/adequação seja baixa.³⁴ Embora com feição empírica, acreditamos que o teste da adequação atua na própria comprovação do conflito, uma vez que o eventual reconhecimento da inaptidão do meio implicaria na não realização do direito fundamental.

Tendo em vista que o meio fomenta a realização do fim perseguido, reconhece-se, dessa forma, sua evidente adequação, passando-se ao *teste da necessidade* (ou exame do meio alternativo menos gravoso), sobre o qual aprofundam-se importantes análises teóricas acerca da estrutura argumentativa que o abarca.

4. TESTE DA NECESSIDADE OU EXAME DO MEIO ALTERNATIVO MENOS GRAVOSO

Assim como o teste da adequação, o exame da necessidade também reveste-se de caráter empírico, coadunando-se, igualmente, à própria exigência de uma máxima realização relativamente às possibilidades fáticas – em consonância com a própria definição daquilo que se entende por princípio.³⁵

Nesse sentido, o exame da necessidade, também conhecido como “exigibilidade”, “menor ingerência possível” ou “indispensabilidade”, sendo esta última a designação mais usual dentre a doutrina alemã³⁶, consiste na escolha, entre dois ou mais

³³ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 28.

³⁴ ROBERT ALEXY, “*Los Derechos Fundamentales...*”, cit., p. 14.

³⁵ ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 588.

³⁶ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos*

meios adequados, daquele que for menos invasivo - o que se consubstancia na ideia de uma “vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais”³⁷.

Observa-se, dessa forma, que o teste da necessidade é dotado de maior complexidade quando em comparação com o “teste da adequação”, realizado inicialmente. Isso porque, além de exigir uma reflexão e um exercício imaginativo capaz de concluir pela (in)existência de medidas alternativas (questão epistêmica), exige, ainda, que se realize um confronto dessas medidas, na eventualidade de se conseguir elencá-las.

Fica evidente, dessa forma, os traços que individualizam e permitem que se proceda à uma diferenciação clara entre os pressupostos teóricos que perfazem o exame da adequação e o exame da necessidade: pauta-se o primeiro na observância de relação entre o meio estabelecido e o fim³⁸, tratando-se de um exame absoluto, ao passo que a este último atribui-se um caráter comparativo.³⁹

O teste da necessidade é, em verdade, um exame calcado em uma dupla comparação, uma vez que a possibilidade de sua realização pressupõe a necessária existência de mais de um meio dotado de adequação técnica, sobre os quais deverá recair, ainda, uma nova comparação assente na intensidade com que cada um afeta o direito em questão, o que implica afirmar que a inexistência de meios alternativos impossibilita a própria realização do exame.⁴⁰

O teste da necessidade tem sido, por vezes, verdadeiramente subestimado, seja pelo próprio legislador, pelo aplicador

Fundamentales, cit., p. 736.

³⁷ ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 591.

³⁸ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 738.

³⁹ LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “*O Proporcional e o Razoável*”, cit., p. 39.

⁴⁰ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., pp. 102-103. No mesmo sentido, CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 738.

do direito e até mesmo pela doutrina, que, via de regra, não se dedica à elucidação de seus pressupostos teóricos e à sua correta aplicação, preferindo assentar suas construções jurisprudenciais e teóricas pautando-se, na maior das vezes, no desenvolvimento de construções atinentes à proporcionalidade em sentido estrito e seus núcleos essenciais – a lei de colisão e da ponderação.

Em que pese esse cenário de simplificação a que se tem relegado o teste da necessidade, o elemento mostra-se como extremamente relevante, uma vez que permite, em alguns casos, à chegada de decisões tecnicamente mais adequadas que prescindem até mesmo da densa e prolongada análise que é demandada pelo rigor da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, tem se afirmado, inclusive, que o exame da necessidade “constitui, sem dúvida, o teste mais complexo, exigente e decisivo”⁴¹, ocupando um ponto nevrálgico e frequentemente fundamentando a invalidação de normas⁴².

Tamanha é a relevância de um estudo pormenorizado do exame da necessidade quando se observa, por exemplo, que, no Canadá, a maior parte das declarações de inconstitucionalidade de leis tem decorrido da aplicação deste exame (ainda que diferentes os fatores de sua aplicação pela Suprema Corte do Canadá quando em comparação, por exemplo, com a realidade constitucional alemã, uma vez que na Suprema Corte canadense o objetivo da lei adquire uma relevância que é considerada previamente, bem como já nesta etapa entra em tela uma comparação entre a nocividade e os efeitos salutares da lei impugnada).⁴³

Na realidade constitucional alemã, diversamente, ganha relevo o exame da proporcionalidade em sentido estrito – exame

⁴¹ JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais: introdução geral*, 2ª ed., Princípia, Estoril, 2011, p. 136.

⁴² VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, (Tese de Doutoramento apresentada junto à Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Miranda), 2016, p. 648.

⁴³ DIETER GRIMM, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, cit., p. 389.

que, na realidade canadense, por sua vez, acaba por adquirir uma função mais residual.⁴⁴ Há doutrinadores, entretanto, que se debruçam mais profundamente sobre a temática da aplicação do exame da necessidade - considerando precipuamente o legado alemão que perfaz a aplicação de todas as máximas que integram a proporcionalidade em sentido amplo -, refutando a simplicidade comumente atribuída ao exame e sugerindo verdadeiros passos e etapas a serem seguidos à sua aplicação.

Suas contribuições – mormente as desenvolvidas por Laura Clérico e Carlos Bernal Pulido – servirão à aplicação prática do teste da necessidade relativamente ao caso concreto constante no *habeas corpus* 71.373-4, objeto do presente estudo, tendo em consideração o conflito normativo evidenciado entre a integridade física do suposto pai e o direito à identidade das crianças, procedendo-se, dessa forma, à revisitação da estrutura argumentativa que o exame demanda.

Deve-se destacar que o exame da necessidade é, concomitantemente, um instrumento que deve balizar a atividade legiferante, atuando também enquanto um parâmetro de controle que se coloca à atividade do juiz quando analisa a validade das normas legislativas.⁴⁵ No mesmo sentido, o exame, assim como toda a estrutura que e abarcada pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo, serve de apoio ao controle de atos emanados pela Administração e pelo próprio Poder Judiciário, como demonstra-se através do presente estudo.

4.1 PRIMEIRA ETAPA

4.1.1 A BUSCA POR MEIOS ALTERNATIVOS

Inicialmente, é importante que sejam estabelecidos,

⁴⁴ DIETER GRIMM, “*Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*”, cit., p. 393.

⁴⁵ VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso...*, cit., p. 650.

precisamente, o fim e o meio que se colocam em discussão no caso em análise. O fim perseguido pela medida posta em causa no teor do *habeas corpus* 71.373-4 consistia na averiguação da paternidade, tendo em vista a suspeita que recaía sobre o imputado, a fim de confirmá-la ou não, indo ao encontro do interesse perseguido pelas crianças de verem tutelado seu direito à identidade.

O meio (M1) erigido para tanto foi a determinação para que o réu comparecesse em laboratório a fim de que seu material sanguíneo fosse coletado. Somou-se a isso a advertência de que, em não o realizando espontaneamente, deveria ser conduzido coercitivamente ao local para que se procedesse ao ato da coleta sanguínea. Tendo em vista a expressa recusa do réu à realização do exame, pode-se exprimir M1 como sendo a condução coercitiva do réu à coleta de material sanguíneo, a ser destinado à realização de exame de DNA.

Algumas dificuldades de ordem prática intervêm na busca por meios alternativos a M1, entretanto pode-se afirmar, seguramente, que “quanto mais extensa seja a busca e exame de meios alternativos, mais aumentam as possibilidades de que se encontre um meio tecnicamente adequado e menos gravoso”⁴⁶. Nesse sentido, cumpre destacar que a primeira tarefa inerente ao exame da necessidade não reside na busca por meios que sejam tecnicamente mais adequados, bastando que o elenco de meios alternativos seja capaz de fomentar o fim.⁴⁷

No caso em comento, tendo em vista tratar-se de matéria atinente à investigação de paternidade, a busca por meios alternativos demanda apelo científico e, inclusive, consulta a círculos especializados que, também acessíveis à época da edição da medida⁴⁸, dirimam as dúvidas que dizem respeito à (in)existência

⁴⁶ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 106, tradução livre.

⁴⁷ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., pp. 107-108.

⁴⁸ Nesse sentido, afastando um controle substancial intensivo quando do controle

ou (im)possibilidade de se elencarem meios alternativos, capazes de atuarem na consecução do fim almejado.

Nota-se que não faz sentido apreciar, em sede de exame de necessidade, meios alternativos que não sejam adequados à persecução do fim, tendo em vista que subsiste um caráter eliminatório entre as regras que compõem o exame da proporcionalidade em sentido amplo. Nesse sentido, a realização do teste da necessidade pressupõe, obviamente, a adequação dos meios, o que faz com que a adequação dos meios alternativos ao fim imediato constitua o próprio critério de seleção destes, o que permite concluir que o fim imediato é sempre um dado relevante para proceder à seleção, devendo ser sempre considerado.⁴⁹

Nesse sentido, respaldando-se em um conjunto de informações técnicas e científicas, entretanto acessíveis, torna-se viável o elenco de alguns meios alternativos. Ademais, reitera-se que o elenco deve corresponder a meios existentes no momento da expedição da medida e que, portanto, também poderiam ter sido adotados, sendo, de alguma maneira, adequados à persecução do fim almejado⁵⁰, devendo-se desconsiderar aqueles meios que sejam, por impossibilidades técnicas ou por envolverem custos exorbitantes, impraticáveis.⁵¹

Dessa forma, constrói-se, a título exemplificativo e “de

abstrato de leis, afirma-se que: “se atribuye a la medida legislativa una cierta inmunidad en contra de los eventuales desarrollos científicos que hayan podido producirse después de su adopción y que puedan constituir medios igualmente idóneos y más benignos”, cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 754.

Entretanto, tem se considerado a possibilidade de “en el caso de una intervención agresiva deberá considerarse una evaluación ex post”, cfr. Prólogo redigido por Robert Alexy, na obra: LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 18

⁴⁹ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 739.

⁵⁰ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 739.

⁵¹ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 744.

acordo com um padrão médio de diligência”⁵², um catálogo de medidas alternativas que se consubstanciam enquanto idôneas ao alcance do fim imediato:

<i>MEDIDAS</i>	<i>DESCRIÇÃO DA MEDIDA</i>
<i>Meio Estabelecido (M1)</i>	Coleta de material sanguíneo;
<i>M2</i>	Coleta de saliva;
<i>M3</i>	Coleta de roupa íntima;
<i>M4</i>	Coleta de 6 a 8 fios de cabelo com raiz;
<i>M5</i>	Coleta de muco nasal;
<i>M6</i>	Coleta de unha;
<i>M7</i>	Coleta de cera de ouvido;
<i>M8</i>	Coleta de beatas de cigarro;

A tabela traz medidas disponíveis, assim qualificadas por atenderem as características de: “i) ser determináveis; (ii) ser adequadas; (iii) ter intensidade de satisfação pelo menos equivalente⁵³; (iv) não ser proibidas em si; (v) ser financeiramente sustentáveis; (vi) ser comparáveis”⁵⁴.

4.1.2 O GRAU DE IDONEIDADE DOS MEIOS ALTERNATIVOS

A partir do estabelecimento de meios alternativos, podem apresentar-se situações nas quais subsistam meios evidentemente menos gravosos ao direito fundamental afetado, entretanto com menor eficiência, ao passo que, do contrário, podem substituir meios dotados de maior gravidade e, concomitantemente, maior eficiência.⁵⁵

Por isso, após a consideração de meios alternativos capazes de fomentar o fim, deve-se verificar quais dos meios

⁵² VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso...*, cit., p. 946.

⁵³ Essa qualificação, especificamente, será tratada no tópico seguinte.

⁵⁴ VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso...*, cit., p. 660.

⁵⁵ BRUNO MORAES FARIA MONTEIRO BELEM, “A Norma da Proporcionalidade e a Eficácia Temporal da Decisão de Inconstitucionalidade”, in: David Duarte; Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo de Tarso Brandão, *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013, p.10.

elencados fomentam o fim tão bem quanto o meio estabelecido pelo ato legislativo – ou, para o que aqui nos diz respeito, pela medida judicial. Ou seja, nessa fase a busca de meios alternativos já não significa, simplesmente, a busca de meios adequados. Nesse sentido, aduz-se que, nessa fase, busca-se um meio que atue na promoção do fim, em algum sentido relevante.⁵⁶

Além de adequados a fomentar o fim, há a necessidade de que o façam tão bem como o meio estabelecido, tratando-se, pois, de uma pergunta com sentido positivo⁵⁷, até porque se o exame da necessidade implicasse na simples utilização do meio menos gravoso, sem que se atentasse à sua eficiência, a omissão estatal seria, via de regra, sempre a atitude menos gravosa.⁵⁸ Por isso, fala-se em “*versão da idoneidade com uma pauta de comparação fixa*, que se exige como mínimo”⁵⁹.

Nesta etapa da aplicação do exame da necessidade, entra em cena, pela primeira vez, a intensidade e o grau de idoneidade dos meios alternativos⁶⁰, que deve ser confrontada com a intensidade do meio estabelecido. Comumente, determinar se há meios menos gravosos não é tão difícil quanto descobrir se eles teriam o mesmo efeito ou um efeito equivalente àquele que foi adotado, uma vez que dilucidar essa questão depende de prognósticos.⁶¹

A afirmação traz consigo a primeira dificuldade teórica

⁵⁶ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., pp. 107-108.

⁵⁷ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., pp. 104-105.

⁵⁸ BRUNO MORAES FARIA MONTEIRO BELEM, “*A Norma da Proporcionalidade...*”, cit., p.10.

⁵⁹ LAURA CLÉRICO, “*El Examen de Proporcionalidad: Entre el Exceso por Acción y la Insuficiencia por Omisión o Defecto*”, in: *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Miguel Carbonell (Editor), Quito, 2008, p. 148, tradução livre.

⁶⁰ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 740.

⁶¹ DIETER GRIMM, “*Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*”, cit., p. 390.

e prática da aplicação do exame da necessidade com a qual o intérprete pode vir a confrontar-se. A dificuldade reside na diversidade de aspectos através dos quais os meios alternativos podem vir a promover o fim, uma vez que subsiste, por exemplo, a possibilidade de poderem promovê-lo em sentido quantitativo, qualitativo ou relativamente à probabilidade.⁶² Ainda, a adequação poderia ser confrontada relativamente ao tipo de fim (principal, secundário, mediato, parcial, dentre outros).⁶³

Questiona-se, portanto, se os meios alternativos elencados deveriam ser igualmente idôneos em todos estes sentidos ou apenas algum ou alguns deles.⁶⁴ É preciso buscar, portanto, o significado de “intensidade” perseguido.

Reiterando-se o caráter empírico do teste da necessidade, bem como tendo o fim imediato como uma constante na realização do exame, o que se exige nessa etapa é que, com base nos conhecimentos científicos, técnicos e gerais existentes no momento da edição da medida, proceda-se à verificação de existência de algum meio capaz de alcançar o fim imediato, de alguma forma relevante, de maneira equivalente ou até mesmo superior à medida estabelecida.⁶⁵

A afirmação permite a edição de uma regra que propicia a resolução da dificuldade teórica apresentada. A regra determina que a igual adequação técnica das medidas alternativas elencadas deve, *a priori*, ser examinada em todos os sentidos em que se tem por provada a adequação técnica da medida inicialmente estabelecida, de modo que, em caso de proceder a um aumento ou redução de algum ou alguns destes sentidos relevantes,

⁶² HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4.ª ed., Malheiros, São Paulo, 2005, p. 122.

⁶³ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 108.

⁶⁴ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 103.

⁶⁵ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 742-743.

essa alteração deve ser justificada.⁶⁶

Nesse sentido, questiona-se: dentre os meios elencados, quais seriam os meios alternativos propostos que fomentariam a ciência acerca da paternidade das crianças tão bem quanto a condução coercitiva do suposto pai à retirada de material sanguíneo a ser destinado para exame de DNA?

A fim de confrontar o grau de eficiência de cada meio alternativo elencado relativamente ao meio estabelecido, procede-se, a título de ilustração, a elaboração da seguinte tabela:

<i>MEDIDAS</i>	<i>DESCRIÇÃO DA MEDIDA</i>	<i>GRAU DE EFICIÊNCIA</i> ⁶⁷
<i>Meio Estabelecido (M1)</i>	Coleta de material sanguíneo;	99,9%
<i>M2</i>	Coleta de saliva;	99,9%
<i>M3</i>	Coleta de roupa íntima;	20%
<i>M4</i>	Coleta de 6 a 8 fios de cabelo com raiz;	60%
<i>M5</i>	Coleta de muco nasal;	90%
<i>M6</i>	Coleta de unha;	99%
<i>M7</i>	Coleta de cera de ouvido;	80%
<i>M8</i>	Coleta de beatas de cigarro;	50%

Da resolução desta celeuma surgem três resultados possíveis: a) ou o meio é alternativo não é igualmente idôneo quando em comparação com o estabelecido; b) ou o meio alternativo é igualmente adequado ao meio estabelecido; e, por último, c) ou o meio é mais adequado que o meio inicialmente estabelecido.⁶⁸

Da análise da tabela, denota-se que os meios alternativos M3, M4, M5, M6, M7 e M8 não são igualmente idôneos quando comparados com o meio estabelecido M1, uma vez que possuem

⁶⁶ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 111.

⁶⁷ Informações obtidas junto ao *Laboratório Código ADN Testes Genéticos*, pesquisáveis em: < http://www.codigoadn.pt/epages/960450965.sf/pt_PT/?ObjectPath=/Shops/960450965/Categories/Teste_de_ADN_Forense >.

⁶⁸ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 343.

grau de eficiência reduzido. Observa-se, ainda, que o meio alternativo M2 é igualmente adequado ao meio estabelecido M1. Não há, dentre as hipóteses elencadas, meio que seja mais adequado que o meio estabelecido.

Nesse sentido, a comparação entre o grau de eficiência das medidas confirma que a coleta de material sanguíneo, bem como a coleta de saliva são aptas a fornecerem resultados igualmente seguros, dotados de mesma precisão técnica e confiabilidade. Aqui, não subsistem maiores dificuldades teóricas, uma vez que o meio alternativo demonstra igual adequação técnica em todos os sentidos relevantes: quantitativo, qualitativo, relativamente à probabilidade e, ainda, ao fim imediato perseguido. Dessa forma, tem-se por atendido um dos pressupostos que integram o exame da necessidade, consistente na ideia de subsistência de igual ou maior adequação técnica do meio alternativo.⁶⁹

É preciso destacar que a apreciação da eficiência da medida nessa fase, em que pese seja a postura adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, não se encontra respaldada pacificamente na doutrina, uma vez que parte dela defende a negação de incluir, no âmbito do teste da necessidade, juízos de eficiência, alegando que sua inclusão sujeitaria a proporcionalidade a uma racionalidade instrumental⁷⁰, posição perante a qual apresentamos divergências, uma vez que a consideração da eficiência da medida parece-nos conferir maior força e rigorismo ao teste da necessidade.

Por fim, frisa-se que a hipotética existência de algum meio alternativo dotado de maior grau de eficiência relativamente ao meio estabelecido não significaria a imediata desproporcionalidade deste último, uma vez que o meio deve, ainda,

⁶⁹ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 103.

⁷⁰ LAURA NUNES VICENTE, *O Princípio da Proporcionalidade: uma nova abordagem em tempos de pluralismo*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Instituto Jurídico, Coimbra, 2014, pp. 29-30.

atender às exigências de outra etapa do exame da necessidade⁷¹, expostas no tópico seguinte.

4.2 SEGUNDA ETAPA

4.2.1 O MEIO MENOS GRAVOSO EM SENTIDO ESTRITO

A partir da verificação de existência de meio alternativo dotado de igual ou superior adequação técnica, deve-se passar à segunda etapa do exame da necessidade.

Na fase de determinação do meio alternativo menos gravoso, torna-se insuficiente a mera constatação da igual ou superior adequação técnica deste quando em comparação com o meio estabelecido. Também não importa tão-somente a verificação de que o meio alternativo opere uma restrição no direito afetado exatamente na mesma medida em que o meio estabelecido o faz. Nessa fase, exige-se mais: o meio alternativo deve restringir em menor medida o direito afetado, possibilitando, dessa forma, a melhor realização do princípio fundamental.⁷²

Lembra-se, ainda, que o escopo de análise cabível ao órgão jurisdicional, nessa etapa, consiste em apurar se a medida contestada é desnecessária. Trata-se, pois, de um exame hipotético capaz de averiguar se o meio representa uma intervenção ao direito fundamental, assinalando, ainda, em que medida ou intensidade o faz.⁷³ Ademais, reitera-se que essa construção, como integrante do exame da necessidade, funda-se em premissas empíricas.

Há doutrinadores que, diante do caso que ora se analisa, consideram desarrazoadas a construção de distinções entre

⁷¹ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 743.

⁷² LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 115.

⁷³ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 745.

amostras biológicas que provocam e amostras biológicas que não provocam ofensa à integridade física, justificando sua tese na ideia de que a retirada de cabelo – ainda que de um fio de cabelo –, bem como a coleta de saliva poderiam ser consideradas atos de violência física e atentariam, de igual forma, à integridade física do agente.⁷⁴ No mesmo sentido e por decorrência lógica das afirmações que expõem, parece-nos que coleta de material sanguíneo, para essa doutrina, não diferiria da coleta das demais amostras biológicas relativamente à afetação provocada na integridade física.

Filiamo-nos, entretanto, àqueles que acreditam que, face à diversidade de alternativas de amostras biológicas aptas a figurarem como objeto do exame de DNA, se o resultado do exame pode ser obtido com uma amostra de saliva, a coleta de sangue resultaria desproporcional, uma vez que se consubstancia em uma ação de intervenção corporal dotada de maior agressividade ao indivíduo.⁷⁵

Isso porque o exame de DNA realizado através da coleta de saliva não demanda a utilização de agulhas, consubstanciando-se em um procedimento realizado com rapidez, não invasivo e indolor. Representa, dessa forma, uma ofensa muito reduzida à integridade física do suposto pai quando em comparação com a coleta de material sanguíneo, que, por sua vez, demanda utilização de agulha ou qualquer instrumento perfurante e, por consequência, representa um procedimento mais invasivo e doloroso. Dito de outro modo, a afetação e restrição a ser exercida na integridade física do suposto pai é injustificadamente excessiva, uma vez que subsiste meio alternativo menos gravoso.⁷⁶

⁷⁴ GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, *Direito à Prova e Dignidade Humana*, LTr, São Paulo, 2007, pp. 108-109.

⁷⁵ No mesmo sentido, IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ, “*La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*”, in: *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Miguel Carbonell (Editor), Quito, 2008, p. 184.

⁷⁶ Aplicando a afirmação de Laura Clérico, quando diz que “la restricción del derecho afectado es injustificadamente excesiva si pudo haberse evitado a través de un medio

Como resultado da aplicação desenvolvida nessa fase, pode-se concluir pela existência de candidatos positivos, candidatos negativos e, também, de casos duvidosos.⁷⁷

4.2.1.1 RESULTADOS DEFINITIVOS E RESULTADOS ABERTOS

Como demonstra o raciocínio desenvolvido, o caso em questão é dotado de relativa simplicidade, tratando-se, ao nosso ver, de “um caso claro com constelação simples”⁷⁸, na medida em que M2 (coleta de saliva) figura como um candidato positivo, uma vez que restringe em menor medida a intangibilidade física do suposto pai, o que permite a construção da seguinte síntese comparativa:

MEIO	DESCRIÇÃO DA MEDIDA	GRAU DE EFICIÊNCIA DO MEIO	GRAU DE AFETAÇÃO DA INTANGIBILIDADE FÍSICA	RESULTADO DA COMPARAÇÃO
M1	Coleta de sangue;	99,9%	Maior	Meio desproporcional em sentido amplo, pois subsiste medida igualmente eficiente e menos restritiva à intangibilidade física.

alternativo menos lesivo”, cfr. LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 341.

⁷⁷ Classificação utilizada em: LAURA CLÉRICO, “*El Examen de Proporcionalidad: Entre el Exceso...*”, cit., pp. 148-149.

⁷⁸ “Un caso claro con constelación simple del examen del medio alternativo menos gravoso se da cuando tanto el medio establecido (M1) como el medio alternativo (M2) son igualmente adecuados técnicamente para el fomento del fin (Z1 o P1). Empero, M1 limita la realización del derecho fundamental afectado más que M2. El medio establecido no es el menos gravoso (M1). Aquí, M2 representa un candidato positivo, pues M2 posibilita la realización del derecho afectado claramente em mayor medida que M1. La aplicación de la regla del examen del medio alternativo menos gravoso lleva a una decisión. Por ello, represent em este contexto um criterio fuerte”, cfr. LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 119.

M2	Coleta de saliva;	99,9%	Menor	Alternativa igualmente eficiente e menos restritiva à intangibilidade física.
----	-------------------	-------	-------	---

No seio do habeas corpus 71.373-4/RS, a busca por meios alternativos menos gravosos relativamente àquele que foi inicialmente estabelecido consegue articular-se com as particularidades do caso concreto, permitindo análises mais precisas relativamente ao indivíduo afetado e lesado pela medida, o que não ocorre quando da apreciação abstrata de uma medida legislativa. Neste último caso, o meio menos gravoso será aquele que, em geral, provoque uma restrição menos intensa no direito fundamental de que são titulares os afetados pela medida imposta.

Impende destacar que, apesar de casos simples nos quais são identificados com relativa facilidade os candidatos positivos (enquanto aqueles que restringem em menor medida o direito afetado) e os candidatos negativos (aqueles que restringem de igual forma ou até mesmo em maior medida o direito fundamental), deve-se atentar para os casos em que a análise traz à tona, ainda, um terceiro resultado: são os chamados casos duvidosos.⁷⁹

Os casos duvidosos revelam-se quando o meio alternativo pode vir a apresentar-se como um meio menos lesivo relativamente a um determinado bem ou interesse tutelado, entretanto pode afetar de forma mais agressiva outros bens igualmente dignos de proteção, onerando-os de forma mais agressiva quando em comparação com o meio inicialmente estabelecido.⁸⁰ Casos difíceis também podem ser evidenciados quando o meio alternativo afeta com menor intensidade o direito fundamental, mas não sob todas as perspectivas.⁸¹

⁷⁹ LAURA CLÉRICO, “*El Examen de Proporcionalidad: Entre el Exceso...*”, cit., pp. 148-149.

⁸⁰ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 17.

⁸¹ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 746-747.

Quando verificada alguma dessas ocorrências, o exame da necessidade traz não um resultado definitivo, mas sim um resultado aberto, o que permite afirmar que da aplicação do referido exame não resulta sempre um meio necessário, tendo em vista razões estruturais e epistêmicas.⁸² Ademais, apenas casos simples – tal como o exposto no *habeas corpus* – admitiriam uma solução definitiva.⁸³

Nesse contexto, diante de casos difíceis que analisam a proporcionalidade de uma lei, tendo em consideração o peso da legitimidade democrática inerente à medida legislativa, deve-se ter por necessária a medida estabelecida. Porém, o fato de um meio alternativo incidir sobre o direito fundamental de forma menos gravosa sob determinada perspectiva deve ser considerado em sede de exame da proporcionalidade em sentido estrito⁸⁴, sendo que o teste da necessidade assumiria um papel relevante na pré-estruturação deste exame.⁸⁵

Entretanto, há doutrinadores que, diversamente, apesar de denunciarem a fragilidade ou debilidade do exame da necessidade como critério decisório, propõem a criação de regras complementares aplicáveis à resolução dos chamados casos duvidosos, a fim de atribuir maior força decisória ao exame da necessidade⁸⁶, fazendo com que à concepção formal-procedimental do exame some-se uma concepção material, “que supõe a aplicação de regras que determinam quando um meio é menos lesivo”⁸⁷.

⁸² LAURA CLÉRICO, “*El Examen de Proporcionalidad: Entre el Exceso...*”, cit., p. 149.

⁸³ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., pp. 126-127.

⁸⁴ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., p. 748.

⁸⁵ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 344.

⁸⁶ É o que sugere Laura Clérico, em: LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., pp. 127 ss.

⁸⁷ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 160.

Essas regras complementares assentam-se relativamente: i) ao alcance do meio menos gravoso (em geral, em média, relativamente ao caso concreto ou tendo alguns desses fatores combinados)⁸⁸; ii) àqueles que se tem por afetados pela medida;⁸⁹ iii) ao alcance da competência de controle do órgão judicial (controle de evidência, controle de defendibilidade ou admissibilidade ou controle material intensificado).⁹⁰

Em que pese não se tenha por escopo adentrar nas minúcias que perfazem essas regras, cumpre-nos um apontamento específico em relação a este último aspecto – o alcance da competência de controle do órgão judicial - que traz à tona a delicada interação entre o legislativo e o judiciário, tendo-se oportuna uma breve consideração.

Nessa seara, considerando que o legislador tem sempre uma ampla margem de conformação de meios a serem adotados, o controle judicial que sobre eles recai deve ter um alcance restrito, limitando-se, portanto, à realização de um controle de evidência calcado, segundo a doutrina, nas seguintes premissas: respeito às apreciações legislativas, que se legitimam através do princípio democrático; intensidade e alcance limitado do teste da necessidade, sendo que, por fim, o meio alternativo deve ser aquele que, igualmente idôneo, seja *escancaradamente* mais benigno – fator que deve ser comprovado com base em dados empíricos sob os quais não recaiam controvérsias.⁹¹

Dito de outro modo, a regra de evidência preceitua que o meio estabelecido pode ser tido como menos lesivo quando o meio alternativo claramente provoque uma limitação muito mais intensa no direito em questão, devendo-se considerar, entretanto,

⁸⁸ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., pp. 128-142.

⁸⁹ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., pp. 142- 147.

⁹⁰ LAURA CLÉRICO, *El El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., pp. 147-154.

⁹¹ CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 757-758.

que esta regra nem sempre fornece um critério material capaz de propiciar um resultado – o que denota a fragilidade do exame da necessidade.⁹²

Por fim, cumpre destacar que a averiguação da proporcionalidade em sentido estrito mesmo quando a medida estabelecida apresenta-se como comprovadamente desnecessária tem sido interpretada por certa doutrina com um caráter de reforço argumentativo, na medida em que “devem ser considerados todos os argumentos que, como resultado de um exame de proporcionalidade em sentido amplo, podem servir como justificação da decisão”⁹³.

Entretanto, averiguação e confirmação da existência de um meio alternativo menos gravoso faz com que, ao nosso ver, torne-se desnecessária a análise do caso relativamente à proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que as três máximas que compõem a proporcionalidade em sentido amplo atuam de forma eliminatória: não logrando êxito no teste da necessidade, tem-se por desproporcional a determinação judicial ou o ato legislativo, sendo a existência de meio alternativo menos gravoso suficiente para proceder a este reconhecimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de o *habeas corpus* 71.373-4/RS ter sido concedido ao impetrante, ainda que em acirrada votação, é importante relatar que a argumentação constante no acórdão abdicou da realização de um raciocínio decisório balizado pelas premissas teóricas que norteiam a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, muito embora a realização deste trabalho tenha demonstrado que sua adoção teria se consubstanciado como meio adequado à resolução do caso de conflito normativo

⁹² LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 160.

⁹³ LAURA CLÉRICO, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p. 160, tradução livre.

evidenciado.

Este trabalho, cujo objeto assentou-se primordialmente em construções teóricas que perfazem a aplicação do exame da necessidade, demonstrou que uma análise cuidadosa das máximas englobadas pela proporcionalidade, precipuamente no que se refere à referida máxima da necessidade, de caráter empírico, tornaria possível trazer à tona medida alternativa igualmente adequada àquela que foi estabelecida, capaz de operar, entretanto, uma restrição muito menos intensa relativamente à integridade física do suposto pai.

O exame da necessidade foi, diante do caso em tela, operado a partir do elenco de medidas alternativas, passando-se ao exame do seu grau de adequação e, posteriormente, à análise do grau de intensidade com que afetavam o direito fundamental envolvido. Conforme restou demonstrado, a observância desses pressupostos perfaz a estrutura argumentativa do exame da necessidade.

A aplicação do exame clamou pelo afastamento da medida inicialmente estabelecida, uma vez que o raciocínio construído com base nos pressupostos teóricos exigidos pelo teste demonstra cabalmente sua desnecessidade e, por consequência, sua desproporcionalidade. Entretanto, só se chegaria a esse resultado aquele que se dispusesse à realização de uma comparação entre medidas, aplicando as diretrizes teóricas que a correta aplicação do exame da necessidade exige e que, ao contrário do que comumente se sustenta, são dotadas de complexidade.

Ainda, através deste trabalho, buscou-se demonstrar uma contraposição à corrente que, precipitadamente, aduz que, em sede de investigação de paternidade, a coleta coercitiva de amostra biológica é lícita e válida, sob a condição de que a produção de outra prova menos grave ou onerosa e com o mesmo grau de fidedignidade reste impossibilitada.⁹⁴ Isso porque a afirmação

⁹⁴ GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, *Direito à Prova e Dignidade Humana*, cit., p. 146.

ignora a própria distinção existente entre as inúmeras espécies de amostras biológicas que podem ser coletadas à prossecução do fim, desconsiderando o fato de que as próprios tipos de *amostras biológicas* devem, na seara da aplicação do exame da necessidade, ser confrontadas entre si.

Dessa forma, a determinação de condução coercitiva do suposto pai ao laboratório para coleta de material sanguíneo con-substancia-se como um ato desproporcional em sentido amplo, uma vez que viola o mandato do meio alternativo menos gravoso.

A complexa celeuma teórica que se constrói relativamente à possibilidade de meios alternativos elencados promoverem o fim sob vários sentidos ou aspectos aparece, diante do caso analisado, de forma mais simplificada. Isso porque a intensidade de promoção do fim perseguido é a mesma tanto com a coleta de material sanguíneo quanto com a coleta de saliva. O que varia, no caso, é o grau de restrição que essas medidas operam na integridade física do indivíduo a ser examinado, uma vez que a coleta de saliva opera com menor lesividade ao princípio quando em comparação com a coleta de sangue, que demanda procedimentos mais invasivos. Estando notória essa diferenciação, fica facilitada a constatação da desproporcionalidade em sentido amplo do meio inicialmente estabelecido.

Ainda, um estudo aprofundado acerca do exame da necessidade permite uma conclusão consonante às construções doutrinárias cujas afirmações pautam-se na ideia de que nem sempre a existência de um meio menos gravoso implicará na sua necessidade, uma vez que há alguns casos – chamados pela doutrina de *casos duvidosos*, conforme mencionado no presente estudo – em que o exame, isoladamente, demonstra-se como insuficiente às suas resoluções. Essa conclusão não retira, entretanto, a importância que adquire o exame da necessidade, precipuamente na medida em que se comprova sua relevância na pré-estruturação da última máxima da proporcionalidade, qual seja:

a proporcionalidade em sentido estrito.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, José Melo – *Direitos Fundamentais: introdução geral*, 2ª ed., Princípia, Estoril, 2011.
- ALEXY, Robert – “*Los Derechos Fundamentales y el Principio De Proporcionalidad*”, Tradução de Jorge Alexander Portocarrero, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, enero-abril, 2011, pp. 11-29.
- ALEXY, Robert – *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Traduzido por Virgílio Afonso da Silva da 5.ª edição alemã da *Theorie der Grundrechte*, Malheiros Editores, São Paulo, 2008.
- ÁVILA, Humberto – *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4.ª ed., Malheiros, São Paulo, 2005.
- BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro – “*A Norma da Proporcionalidade e a Eficácia Temporal da Decisão de Inconstitucionalidade*”, in: David Duarte; Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo de Tarso Brandão (Orgs), *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013, pp. 01-47.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno – *Habeas Corpus 71.373-4/Rio Grande do Sul*, Relator Ministro Francisco Rezek, julgado em 10 nov. 1994, DJ 22 nov. 1996, ementário nº 1851-02, pp. 397-433.
- CANAS, Vitalino – “*A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)*”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. III:

- Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 811-893.
- CANAS, Vitalino – *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, (Tese de Doutoramento apresentada junto à Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Miranda), 2016.
- CLÉRICO, Laura – *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- CLÉRICO, Laura – “*El Examen de Proporcionalidad: Entre el Exceso por Acción y la Insuficiencia por Omisión o Defecto*”, in: *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Miguel Carbonell (Editor), Quito, 2008, pp. 125-174.
- CLÉRICO, Laura – “*Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación*”, in: *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XXXI), 2015, ISSN: 0518-0872, pp. 73-99.
- DUARTE, David – “*Esquema sobre as Condições Normativas necessárias à Ponderação*”, in: Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Blanco de Moraes e Cesar Cunha Campos (Organizadores), *Reforma do Estado Social no Contexto da Globalização - VI Fórum Jurídico de Lisboa*, 2018, pp. 238-249.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães – *Direito à Prova e Dignidade Humana*, LTr, São Paulo, 2007.
- GRIMM, Dieter – “*Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*”, in: *University of Toronto Law Journal*, n° 57, 2007, pp. 383-397.
- MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde – “*La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*”, in: *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Miguel Carbonell (Editor), Quito, 2008, pp. 175-188.
- NINO, Carlos Santiago – *Introdução à Análise do Direito*,

- Tradução de Elza Maria Gasparotto, Wmf Martins Fontes, São Paulo, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- OTERO, Paulo – *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Almedina, Coimbra, 1999.
- PULIDO, Carlos Bernal – *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- ROYO, Javier Pérez – *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang – “*Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência*”, in: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, nº 10, Madrid, 2006, ISSN 1138-4824, pp. 303-354.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso Da – “*O Proporcional e o Razoável*”, in: Revista dos Tribunais, a. 91, nº 798, São Paulo, abr. 2002, pp. 23-50.
- VICENTE, Laura Nunes – *O Princípio da Proporcionalidade: uma nova abordagem em tempos de pluralismo*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Instituto Jurídico, Coimbra, 2014.