

JACQUELINE TAVARES FERREIRA

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO DIREITO
BRASILEIRO E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**
Conceitos distintos ou idênticos?



São Paulo (SP)

2008

JACQUELINE TAVARES FERREIRA

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO DIREITO
BRASILEIRO E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Conceitos distintos ou idênticos?

**Monografia apresentada ao Curso de
Especialização Telepresencial e Virtual em
Função Social e Prática do Direito: Direito
Público, na modalidade Formação para o
Magistério Superior, como requisito parcial
à obtenção do grau de especialista em
Direito Tributário.**

**Universidade do Sul de Santa Catarina -
UNISUL
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE
LFG**

Orientador: Profa. Deisi Cristini Schweitzer

**São Paulo - SP
2008**

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Função Social e Prática do Direito: Direito Público, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

São Paulo, 1 de Setembro de 2008

JACQUELINE TAVARES FERREIRA

JACQUELINE TAVARES FERREIRA
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO DIREITO
BRASILEIRO E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Conceitos distintos ou idênticos?

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Função Social e Prática do Direito: Direito Público, na modalidade Formação para o Magistério Superior, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Função Social e Prática do Direito: Direito Público da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

São Paulo, 1 de Setembro de 2008

Dedico este trabalho a meu marido Luiz Eduardo, meu fiel companheiro nas horas mais difíceis, aos meus filhos Nadine e Edu, que são a razão da minha vida, pelo apoio e pelas horas subtraídas de nosso convívio.

Agradeço a DEUS, a minha família pelo apoio e incentivo e, como não mencionar, aos meus amigos e colegas: Maria Antonia, Vanessa, Nelmir, Yolanda e Edvaldo, que me ajudaram nas horas mais difíceis.

“Homens fracos acreditam na sorte. Homens fortes acreditam em causa e efeito”

Ralph Waldo Emerson

RESUMO

A pesquisa apresenta em síntese conteúdos de artigos de Internet, a opinião de autores consagrados e textos esparsos enfocados sobre o tema em questão. Mostra em breve análise como se deu o surgimento dos princípios da Proporcionalidade e razoabilidade, os autores que divergem sobre o tema, suas opiniões e as devidas correntes, inclusive fora de nosso país. Esclarece também sobre a efetiva renovação no nosso “mundo jurídico”, numa revolução na qual ocupam lugar de destaque os princípios (ou valores) da razoabilidade e da proporcionalidade em sua igualdade e divergência. Mostramos sua evolução histórica, sua forma de aplicação, conceitos, princípios e sub princípios, analisados juntamente com a constituição e as opiniões com as correntes majoritárias. Demonstramos, uma melhor compreensão deste fenômeno buscando o equilíbrio entre vetores constitucionais que muitas vezes parecem inconciliáveis e que, com o emprego dos princípios constitucionais, podem e devem ser compatibilizados ao caso concreto, nos dias atuais. A pesquisa se encerra abordando todos estes temas inseridos na alta cúpula, do STF, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, até mesmo em suas decisões seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o assunto tratado na monografia.

Palavras chave:

Proporcionalidade, Razoabilidade, Princípios, evolução, Constituição

ABSTRACT

The research presents abridged internet articles, the opinion of dedicated authors and occasional texts about the topic in question. It shows a brief analysis about the emergence of Proportionality and Reasonability principles, authors that disagree about this issue, their current opinions and doubts, including those from outside our country. It also enlightens the effective renovation of our “judicial world”, in a revolution where the principles (or values) of Reasonability and Proportionality play an important role, both in equality and diversion. It shows here their historical evolution, their manner of application, concepts, principles and sub principles, analyzed along with the constitution and the opinions of the majority flux; and also demonstrates a better understanding of the phenomenon by searching the balance between constitutional vectors that frequently seem inconceivable and that, by the use of constitutional principles, can and must be nowadays adjusted to real situations. The research finishes by approaching all these topics inserted in the high circuits of the Supreme Court, with the presentation of distinguished conclusive issues, even in the decisions followed by motivation to continuing studies and reflection on the monograph’s subject.

Key words:

Proportionality, Reasonability, Principles, Evolution, Constitution

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. INTRODUÇÃO A FONTE DE PRINCÍPIO	13
2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – CONCEITOS IGUAIS OU DISTINTOS?	20
2.1 Conceitos e origens do Princípio da Razoabilidade	20
2.2 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade e suas correntes	22
2.3 Subprincípios – proporcionalidade e razoabilidade e suas vertentes	22
3. OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	27
3.1 O Princípio da Razoabilidade e a Constituição de 1988.	27
3.2 O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição de 1988.	28
4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE APLICADA	32
4.1 Os Princípios da proporcionalidade razoabilidade dentro do âmbito Administrativo e Constitucional	32
5. OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL E SUA EFICÁCIA	34
5.1 Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade aplicadas no direito penal.	36
5.2 Aplicação no Direito Administrativo e nos Direitos Fundamentais.	37
5.3 Posicionamentos da doutrina e sua aplicação prática na jurisprudência	38
6. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	40
6.1 Proporcionalidade e razoabilidade subdivididas nos Atos Legislativos	42
6.2 Princípio da Proporcionalidade e razoabilidade aplicadas nas decisões do Supremo Tribunal Federal.	44
6.3 Razoabilidade e proporcionalidade afastando a presunção de constitucionalidade.	45
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O postulado da razoabilidade das leis e da proporcionalidade, estão para diversos doutrinadores diretamente ligados a cláusula do devido processo legal, que é o princípio síntese de todos os demais postulados constitucionais, que se liga à idéia de controle estatal, devendo ser aplicado por aqueles que salvaguardam a supremacia da Constituição.

Muito embora tenha se perdido a oportunidade de solenizar o postulado da razoabilidade na matriz Constitucional de 1988, é inquestionável a sua aplicação e associação à garantia do devido processo legal. Embora não haja referência explícita ao princípio da “proporcionalidade” na Constituição, não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência, não se inibindo, sua aplicação com frequência dentre os magistrados, com vistas ao controle da legalidade dos atos estatais.

Estando em ampla evolução no nosso sistema jurídico ocupam lugar de destaque os valores da razoabilidade e proporcionalidade, existindo posicionamentos antagônicos quanto a sua equivalência, trazendo uma disputa doutrinária entre os pesquisadores de ambos os institutos, mas este debate diz respeito somente à questão semântica e sem maior consequência para o reconhecimento judicial amplamente conquistado por esses postulados em variados contextos.

Numa conceituação simples podemos dizer que a razoabilidade é a qualidade do que é razoável aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, se relaciona ao aspecto de qualidade da relação meio-fim.

Dessa forma, é razoável o ato que, para atingir determinada finalidade, se usa de meios adequados e necessários. Portanto existem dois elementos da razoabilidade: a adequação do meio e a necessidade da utilização desse instrumento.

Por outro lado a “proporcionalidade” que tem como fundamento o “excesso de poder” diz respeito à compatibilidade quantidade entre meios e fins, ou seja, permite a análise da equivalência de quantidade entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência, vedando atos que, apesar de se utilizarem os meios corretos, abusam na quantificação destes.

São apontados como elementos da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Podemos aqui mencionar a expressão consagrada “não se abatem pardais com tiros de canhão” de W. Jellinek que nos faz visualizar com clareza a idéia e o sentido de proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO A FONTE DE PRINCÍPIO

Ao início estudaremos o princípio da proporcionalidade que consiste, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medidas superiores àquela estritamente necessária, ao atendimento do interesse público, segundo critério razoável de adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações e não, apenas administrativas, em muitas outras decisões, para que sejam tomadas equilibradamente, refletidas com avaliação adequada da relação custo-benefício, incluídos os custos sociais, que mais parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade, mencionada em contrapartida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Embora no direito constitucional e no direito Administrativo faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como já dissemos, um não exclui o outro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outros requisitos, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração Pública e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, como afirma Maria Sylvia Zanella di Pietro: “Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”¹ não pode ser medida diante dos termos da lei, mas diante do caso concreto, na Administração Pública, nos três poderes, no âmbito Constitucional entre outros, onde cristalinamente, se integram mencionando o saudoso. HELY LOPES MEIRELLES, que abordava esses dois princípios dizendo: “... o interesse público

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001, p. 81

sempre se sobrepõe ao particular...”² parte da doutrina trata estes dois princípios como sinônimos; outra entende tratar-se do mesmo princípio ou entendendo que o princípio da proporcionalidade é mais amplo que o da razoabilidade. E uma terceira que diz ser os mesmos totalmente diferentes e indiscutíveis.

Vejamos agora a Razoabilidade, por que parte da doutrina acredita ser, este princípio mais amplo, mais abrangente, enfim, enquanto princípio da Proporcionalidade. Tal princípio é de grande importância para o desenvolvimento de uma interpretação do texto da Carta Magna, ou seja, uma visão, conforme Canotilho: “focada para os Direitos Constitucionais, municiando a vivência, acadêmica ou forense, de substrato único para que sejam analisadas as arbitrariedades perpetradas pelo Poder Público, em geral”³. A crescente referência feita ao princípio do devido processo legal, nas decisões prolatadas pela imensa maioria dos juízos e tribunais, já demonstra a importância do tema abordado, mantendo-se desta forma a nossa Constituição atualizada, dando incentivo para que a nossa Administração pública seja a mais fiel, enfim para todos os atos administrativos e constitucionais há razoabilidade, sem este princípio tudo será altamente prejudicial e arbitrário.

A Constituição de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. Desde seu início dentre vários acontecimentos não houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional.

Não podemos ignorar o Princípio da Razoabilidade, porque se isso acontecer voltaríamos à época em que não existia seriedade e justiça nas decisões.

A Constituição, no Brasil, foi vista de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado muitas resistências. O que é inacreditável, pois, sabemos que para um país ser administrado, como um todo, além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, tem de ser aplicável à ordem, a justiça, indiretamente a razoabilidade, a proporcionalidade, porém o país na época padecia com o autoritarismo.

² MEIRELLES, HELY LOPES. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, 30ª Edição. São Paulo: Malheiros.2005.pg.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria Da Constituição. 6ª ed. Coimbra: Almedina. 2002. pg. 262

Na promulgação da Carta em 1988, inúmeras foram às conquistas e que gradativamente se inseriu no corpo da Lei Magna, permitindo uma nova etapa político-Constitucional do país.

Críticas foram proferidas contra seu texto, Principalmente no que diz respeito ao artigo 5º da Constituição Federal, sendo ele um artigo com um demasiado número de incisos, seja pelo conteúdo de alguma de suas disposições. Contudo, está mais do que concretizado que o Brasil conta hoje com uma constituição extraordinária.

Conforme Luis Roberto Barroso um dos primeiros documentos que consolidam uma restrição ao poder do soberano perante seus súditos é a Magna Carta de 1215⁴. Para ele este seria a fonte primeira dos princípios da razoabilidade e, portanto, também da proporcionalidade. Mas em contrapartida Luís Virgílio acredita ser essa identificação equivocada. Para ele:

“..visto que ambos os conceitos – razoabilidade e proporcionalidade – não se confundem, não há que se falar em proporcionalidade na Magna Carta de 1215. Além disso, é de se questionar até mesmo a afirmação de que o princípio da razoabilidade tenha origem nesse documento”.⁵

Seguindo a linha defendida por Luís Roberto Barroso, os direitos pertinentes aos barões ingleses apenas poderiam ser restringidos mediante a observação da lei do país, da lei da terra. Como diz também o Professor Carlos Roberto Siqueira Castro:

“Tal significa dizer que esses direitos naturais assim elencados somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito aplicável, aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos.”

“A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e atingimento de finalidades constitucionais válidas. Nem mesmo ao legislador legítimo é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política”.⁶

As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional .nº. 23.1998.pág. 65/78

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. “O Proporcional e o Razoável”, publicado na Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol.798.2002, p.29.

⁶ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. 3º ed..RJ: Editora Forense.2005.pg 158

Público devem ajustar-se à cláusula que consagra. Estudando como o princípio da Razoabilidade é aplicado, ilustrando o nosso trabalho, isto quer dizer que a norma não deve ser arbitrária, implausível "devendo ser aplicada no caso concreto"⁷, ao contrário, operar como meio idôneo hábil e necessário ao processo para se pleitear a "tutela jurisdicional do Estado que é um direito cívico e abstrato"⁸.

Dispõe o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal no sentido de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Muitas são as implicações deste enunciado, pois que se pode retirar de tal prescrição, variados ditames, como a determinação de que ninguém será julgado senão por juízo competente e pré-constituído.⁹

O supracitado, inciso independente das interpretações que lhe sejam atribuídas, regula na nossa Carta Magna o princípio expresso do devido processo legal, inspirando-se de forma notória na redação encontrada no constitucionalismo norte-americano.

O princípio do devido processo legal, aliado à separação dos poderes, constitui-se em fundamento essencial do regime democrático, uma vez que sua abrangência ultrapassa a condição de simples garantia processual.

O uso processual de ambos os princípios avançou através dos anos na jurisdição da Suprema Corte americana no sentido de atingir novas áreas de abrangência, o que é evidenciado pela constatação de que a cláusula do devido processo legal expandiu seus efeitos da esfera processual penal, onde primeiramente atuava, para a seara civil, e posteriormente para todas as relações entre cidadão e Estado que conduz a Administração Pública.

Enquanto princípio inserido no direito material, na constituição temos sua ausência de disposição expressa do princípio da Razoabilidade, esta é mais sentida. Todavia, sua previsão constou dos trabalhos da Assembléia Constituinte de 1988.

Mencionaremos ainda as Administrações públicas, diretas ou indiretas, de qualquer dos Poderes que não só obedecerá aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade como também princípios da legalidade, impessoalidade,

⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. (Op.cit.,p.nº 158)

⁸ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido Processo Legal. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1999,pg.167.

⁹ BONAVIDES, PAULO. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. "O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das leis na Nova Constituição do Brasil", pág. 157.

moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade.

Como já mencionamos, os Princípios da proporcionalidade ou razoabilidade está no direito administrativo, e tradicionalmente sempre esteve relacionado à atuação e limitação do Poder Executivo, como medida de legitimidade para as restrições administrativas à liberdade individual imposta, e não só nos poderes Regulamentar, Disciplinar e Poder Discricionário, bem como no exercício do Poder de Polícia.

Posteriormente, ambos os princípios migraram para o direito constitucional, onde além de possibilitar sua aplicação autônoma, atua também como uma *máxima informadora de todos os demais princípios*, os quais devem ser aplicados de forma proporcional. Ligado ao *devido processo legal* - Apesar de alguns autores traçarem uma distinção entre, princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade, salvo regra, os dois termos são utilizados indistintamente. Não obstante, é possível verificar que *razoabilidade* é mais utilizado por parte da Doutrina.

Estes princípios servem como um parâmetro de valoração dos atos do poder público, segundo os critérios de justiça. Em síntese de vários autores, Luís Roberto Barroso afirma que “é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário...”¹⁰. Apesar de não estar expresso, o princípio da proporcionalidade pode ser deduzido de outras normas constitucionais.

Desta forma, pôde o princípio da proporcionalidade, que de início restringia-se a uma garantia de cunho processual, vir a coibir os desmandos do Poder Público não somente quanto a sua estética processual, também, quanto ao seu conteúdo, pautando-se nos parâmetros de razoabilidade e racionalidade. As duas vertentes encontram-se igualmente consagradas.

Conforme artigo com relação ao princípio da razoabilidade elaborado por Carlos Affonso Souza e Patrícia Regina P. Sampaio:

“Para José Afonso da Silva - Outro exemplo de razoável e de proporcional – será dentro de nosso código tributário, onde os três poderes delimitaram cada um em sua competência as igualdades para os iguais e desigualdades para os desiguais, ele ainda afirma, estar o princípio da

¹⁰BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática Constitucional Transformadora - 5ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003 pág. 208;

“Proporcionalidade - razoável” consagrado enquanto princípio Constitucional geral e explícito de tributação, traduzido na norma que impede a tributação com efeitos de confisco conforme o (artigo 150, IV CF/88) - É vedado ao Poder Público tributar patrimônio de modo a impossibilitar sua manutenção pelo particular ou inviabilizar o uso econômico a que se destine, ressalvadas as exceções constitucionalmente previstas”¹¹.

É possível notar, que na maioria das vezes em que jurisprudência e doutrina utilizam os princípios, indistintamente, em todas as oportunidades, esta tem estado em consonância com seus objetivos e conteúdo, que, de uma forma ou de outra, procuram garantir direitos ao cidadão em face de eventual arbítrio do Estado.

Assim, em Ação Direta de Inconstitucionalidade relatada pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence podemos perceber a menção feita com relação a um dos princípios:

“(...) relevância da questão, embora complexa e delicada como sói, quando se cuida de verificar a Razoabilidade ou não da distinção legal das situações de fato”¹².

Este tema procurou trazer contribuições ao estudo dos princípios, como uma introdução, ao entendimento dos leitores, para visualizar de maneira geral, onde se aplica, como se aplica, em que casos se aplicam, os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, os quais vêm adquirindo importância crescente nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial da nossa nação.

Esperamos, no estudo em tela, uma interpretação inicial da Constituição, e na Administração Pública almejando entender não só os direitos fundamentais, como na aplicação deles em cada parte da sociedade e buscar sempre o fundamento social não apenas justificando a norma. Para ambos os princípios, arrematados com as palavras de Paulo Bonavides:

“Abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável da unidade da Constituição”¹³.

¹¹ SOUZA, Carlos Affonso . SAMPAIO, Patrícia Regina P. - <http://www.algosobre.com.br/direito-administrativo/principio-da-razoabilidade.html>-acesso em 30/07/08.

¹² ADI 1055-7-DF-Rel. Min. Sepúlveda Pertence – pleno – j. 16.4.98 - DJ 12.6.98.

¹³ BONAVIDES, PAULO. Curso de DIREITO CONSTITUCIONAL. SP, Malheiros, 1997. Fontes, 1996 pg. 356.

A inobservância ou lesão a estes princípios é a mais grave das inconstitucionalidades, uma vez que sem princípio não há ordem não há democracia nem Estado de Direito.

Discorrido sobre a introdução dos princípios na doutrina e nos mais diversos aspectos, o capítulo seguinte enfoca um breve relato sobre conceitos, origens, as distinções e suas correntes e análise de seus subprincípios.

2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – CONCEITOS IGUAIS OU DISTINTOS?

2.1 Conceitos e origens do Princípio da Razoabilidade

Numa conceituação simples podemos dizer que a razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, se relaciona ao aspecto qualitativo da relação meio-fim. Dessa Forma é razoável o ato que, para atingir determinada finalidade, se utiliza de meios adequados e necessários. Portanto existem dois elementos da razoabilidade: a adequação do meio e a necessidade da utilização desse instrumento.

Por outro lado a proporcionalidade que tem como fundamento o excesso de poder diz respeito a compatibilidade quantitativa entre meios e fins, ou seja, permite a análise da equivalência de quantidade entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência, vedando atos que, apesar de se utilizarem dos meios corretos, abusam na quantificação deste. São apontados como elementos da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim exprimiu-se Luís Roberto Barroso: “..o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado”¹⁴

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: Temas de direito constitucional, t. I, 2ª EDIÇÃO. 2002 .pg.34

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível.

“Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, adequado”.¹⁵

GUERRA FILHO aponta a semelhança da etimologia dos vocábulos razão e proporção. Ambos derivam da matemática (do latim ratio e proportio), o primeiro ligado à qualidade, à natureza de uma fração; o segundo, referindo-se mais a equivalência quantitativa de dois números fracionários(duas razões equivalentes).Obviamente, essa origem tem de ser levada em conta quando da análise dos vocábulos derivados razoabilidade e proporcionalidade.¹⁶

Em seu artigo “O Proporcional e o Razoável” Luís Virgílio da Silva observa:

“a regra da proporcionalidade, no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples análise da relação meio-fim.Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade”¹⁷

Segundo o entendimento doutrinário, o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados a garantia do devido processo legal, instituído ancestral do direito anglo-saxão. Como já foi por dito Luis Roberto Barroso que considera ser a fonte do princípio da razoabilidade a Carta Magna de 1215. Tal documento seria a matriz do princípio da razoabilidade.

Concluindo em seu artigo com relação a origem dos princípios da Razoabilidade e proporcionalidade Leonardo Ribeiro Pessoa diz:

“ Quanto às origens e à evolução histórica dos princípios em comento, não devem restar dúvidas de que o princípio da proporcionalidade teve sua origem e desenvolvimento sob o influxo da jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a partir da Lei Fundamental de 1949. Sendo certo,

¹⁵ PESSOA, Leonardo Ribeiro.”Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade na jurisprudência Tributária.Disponível.” – <http://www.jus.com.br>.acesso 30/07/08.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago..Sobre o Princípio da Proporcionalidade.In: LEITE, George Salomão.Dos Princípios Constitucionais.São Paulo:Malheiros.2003.pg.71

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. “O Proporcional e o razoável”, publicado na Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol.798.2002. p.30.

contudo, que a idéia de proporcionalidade dos atos estatais já existia desde a *Magna Charta* inglesa (1215) e do *Bill of Rights* (1689).¹⁸

E ainda :

“O princípio da razoabilidade, por sua vez, também, tem origem na *Magna Charta* inglesa e no *Bill of Rights* norte-americano, mas foi a Suprema Corte norte-americana, no Século XX, que desenvolveu uma jurisprudência mais consistente sobre o princípio da razoabilidade, no âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal.”¹⁹

A promulgação da Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã de 1949) representa assim marco inaugural do princípio, ao colocar o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica.

Mas com relação à origem do princípio da proporcionalidade, percebe-se que a doutrina não é unânime.

No nosso sistema jurídico, o princípio da Proporcionalidade foi recepcionado a partir da influência da doutrina portuguesa, a qual havia apreendido seu conceito e conteúdo, juntamente com os demais países europeus, nas fontes Alemãs.

Nossa Corte Suprema parece ter adotado a denominação *princípio da Proporcionalidade*, e que vem sendo usada desde o primeiro acórdão proferido em sede de controle da constitucionalidade, e dele fez uso como argumento jurídico.

2.2 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade e suas correntes

A partir dos conceitos acima apontados é possível perceber a dificuldade que se encontra para extrair os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, pois, existem várias correntes sobre a questão. Muitas vezes proporcionalidade é encarada como mero sinônimo de razoabilidade, seja pela doutrina seja pela jurisprudência.

¹⁸ PESSOA, Leonardo Ribeiro. Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade na jurisprudência Tributária. Disponível em: www.jus.com.br. acesso 30/07/08

¹⁹ PESSOA, Leonardo Ribeiro. Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade na jurisprudência Tributária. Disponível em: www.jus.com.br. acesso 30/07/08

Para Luis Roberto Barroso os termos razoabilidade e proporcionalidade, são sinônimos ou fungíveis. Utilizando-se um ou outro, os resultados a que se pode chegar serão os mesmos. Nesse sentido observa:

“De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costuma-se fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade”.²⁰

Também Suzana de Toledo Barros iguala ambos os conceitos, nos seguintes termos: “O princípio da proporcionalidade, (...) como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos”²¹. Numa decisão de liminar, por exemplo, o tribunal faz uso do princípio da proporcionalidade e razoabilidade dando uma idéia de sinônimo nos seguintes termos:

“O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que pretenda constanger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular”.²²

Outra tendência, talvez majoritária no Brasil – defende que a proporcionalidade é apenas um aspecto da razoabilidade. Dessa maneira, um ato seria razoável quando, além de proporcional, fosse racionalmente aceitável e legítimo. É a posição defendida, entre outros, por Celso Bandeira de Mello, Maria Rosynete Oliveira Lima, Maria Silvia Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Lúcia Valle Figueiredo.

Celso Antonio Bandeira de Mello nos diz:

“Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostar-se sob a feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma”.²³

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª-edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2003. p. 224.

²¹ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª-edição. Brasília: Brasília Jurídica. 2000. pg.57

²² STF - HC no 76.060-4/SC, 1ª-Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ - 15.05.1998, p.44.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de D. Administrativo*. 19ª-edição. SP: Malheiros Editores. 2005. p.99

E Maria Rosynete Oliveira Lima também se posiciona:

“Razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro”.²⁴

Não são muitos os que se dedicam a tentar diferenciar estes conceitos, mas, dentre eles estão Willis Santiago Guerra filho, Luiz Vergílio Afonso da Silva e Humberto Ávila e José Roberto Pimenta Oliveira que defendem a não identificação entre os dois conceitos. Willis Santiago Guerra Filho nos diz da seguinte forma:

“(...) em nossa Dogmática Jurídica, especialmente no campo do direito público, vêm confundindo o princípio da proporcionalidade, de origem germânica, com um outro, de origem anglo-saxônia, aqui denominado, ao que tudo parece por influência Argentina”, princípio da razoabilidade “quando na própria tradição britânica se fala em” princípio da irrazoabilidade”.²⁵

E terminamos com as palavras de Luiz Virgílio Afonso da Silva:

“Quando se fala, em discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. (...) A regra da proporcionalidade, contudo, diferencia-se da razoabilidade não só pela origem, mas também pela sua estrutura”.²⁶

Robert Alexy defende também a teoria de que os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade não são sinônimos e que não haverá sopesamento com outros princípios enquanto o princípio da proporcionalidade será aplicado na colisão dos próprios princípios e não na resolução de conflitos, essa teoria tem origem no direito Alemão e não na jurisprudência inglesa Norte-Americana.²⁷

²⁴ LIMA, Maria Rosynete Oliveira . Devido Processo Legal. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1999. p. 287

²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (organizadores). Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros. 2003. pg. 283

²⁶ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da, na monografia “O Proporcional e o razoável”, publicado na Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 798, p. 29.

²⁷ Apud Virgílio Afonso da Silva O Proporcional e o razoável”, publicado na Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 798, p. 29.

2.3 SUBPRINCÍPIOS – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E SUAS VERTENTES

No Direito a que se procurar do meio menos nocivo capaz de produzir o fim desejado, traduz-se este, conforme Humberto Ávila - “subprincípio em quatro vertentes: exigibilidade material (a restrição é indispensável - em sentido estrito), espacial (o âmbito de atuação deve ser limitado), temporal (a medida coativa do poder público não deve ser perpétua) e pessoal (restringir o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados)”²⁸ Neste caso, em separado, sofrem restrições, porém também restrições distintas.

O subprincípio da Proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro. O juízo de Proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção de direitos do particular deve ser proporcional à carga da mesma.

Em outra análise, Willis Santiago Guerra Filho afirma que estes princípios, precisamente o proporcional “é uma análise de adequação onde se atinge o fim almejado essa análise de adequação precede a necessidade; proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”²⁹. Assim o princípio da proporcionalidade pode esgotar-se com o simples exame de adequação aos objetivos pretendidos e indispensáveis à necessidade. Para Luís Roberto Barroso:

“Razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro “.³⁰

²⁸ ÁVILA, Humberto . Teoria dos Princípios- 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003 . pág.47.

²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. pág 97

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: Temas de direito constitucional, t. I, 2ª EDIÇÃO. 2002 .pg.34

O Juízo de adequação ou necessidade deve ser o primeiro a ser considerado na aplicação do princípio da proporcionalidade. Para que se possa concluir se a aplicação contribui ou não para obtenção do resultado esperado.

Exemplificando: Se o legislador, com evidente objetivo de reduzir a lentidão processual edita uma lei aumentando os vencimentos dos juízes, esta lei, jamais passaria pelo critério da proporcionalidade, uma vez que inexiste qualquer relação entre meio (aumento do salário) com os fins pretendidos (a celeridade processual). Também não seria proporcional a medida administrativa que determinasse, por exemplo, o encerramento de um estabelecimento comercial por colocar à venda produtos sem tabelamento de preços.

Disposto um breve relato sobre conceitos, origens, as distinções e suas correntes e análise de seus subprincípios falaremos no próximo capítulo sobre os princípios na Constituição de 1988

3. OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1 O Princípio da Razoabilidade e a Constituição de 1988.

O princípio da razoabilidade não se encontra expressamente previsto na Constituição de 1988. Porém não quer dizer que ele está afastado do nosso sistema constitucional, pode-se deduzir que ele está implicitamente inserido em alguns dispositivos do sistema constitucional.

Em seu artigo já mencionado Leonardo Ribeiro Pessoa nos conta que:

“Luis Roberto Barroso nos traz a importante notícia de que, durante a maior parte dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, de que resultou a Constituição de 1988, o princípio da razoabilidade constou de diferentes projetos inclusive do texto ao final aprovado pela Comissão de Sistematização, onde se lia no Caput do art. 44: “ A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade.”A redação final da Constituição de 1988, todavia, excluiu a menção expressa ao princípio da razoabilidade”.³¹

Mesmo não estando incluído no texto maior podemos conferir que em sua face processual, como princípio do devido processo legal, encontra-se positivado no art.5º, inc.LIV. no capítulo de direitos e garantias fundamentais. E sua aferição é de grande importância para nosso ordenamento constitucional, para a elaboração das leis e atuação do Poder executivo e também do Poder Judiciário.

³¹ PESSOA, Leonardo Ribeiro.Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade na jurisprudência Tributária.Disponível.www.jus.com.br.acesso 30/07/08

3.2 O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição de 1988.

Assim como o princípio da razoabilidade também o princípio da proporcionalidade, não está expressamente previsto na Constituição de 1988, ele está também implícito e também é de grande importância, junto com os demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais. Não obstante não se encontrar explicitamente delineado, temos que ficar vinculados a tal princípio.

Tal princípio apresenta-se como uma das idéias de origem da Constituição de 1988, com função de complementaridade em relação ao princípio da reserva legal (artigo 5º II CF/88). A ação do Poder Público deve ser conforme a lei, e que esta deve ter como parâmetro a proporcionalidade. Conforme Suzana Barros de Toledo, “mister é notar que este se aplica a qualquer ato praticado pelo poder público seja considerado por aquele a quem prejudica será desproporcional ao objetivo almejado, será inadequado se não atingir o fim pretendido”.³². O princípio da proporcionalidade é indispensável na consecução de um dos principais objetivos do Estado brasileiro, ou seja, “reduzir as desigualdades sociais e regionais”.com demonstra o art.3º III de nossa constituição.Também está ligada á idéia da concepção de estado democrático de direito(CF/88, art. 1º, caput.)

O Princípio da proporcionalidade encontra-se concretizado em diversas normas de nossa Constituição. Ele está ligado aos direitos e garantias individuais, na organização do Estado, no âmbito administrativo, em relação à utilização do erário público, na atuação do Ministério Público, em face do Sistema Tributário, e nos termos de valorização e justiça dentre muitos outros.

A sua aplicação também está diretamente ligado ao princípio republicano (artigo 1º *caput* CF/88), o princípio da cidadania (artigo 1º II CF/88) e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º III CF/88). Os direitos e garantias individuais que deles decorrem (artigo 5º CF/ 88) representam formas para o particular se defender sempre que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer lesão de algum direito por abuso de poder ou ilegalidade praticado por agentes públicos.

³² BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília, Editora e Livraria Brasília Jurídica, 1996 .pg.86

O princípio da proporcionalidade tem papel indispensável na formação e nos objetivos do Estado brasileiro. Esclarecedoras, a este respeito, as palavras de Ruy Samuel Espíndola:

“A idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ ou se subordinam”³³.

Do que vem sendo exposto, pode-se depreender que os princípios acabam fornecendo para o sistema parâmetros interpretativos que poderão importar na adaptação da leitura da norma infraconstitucional para adequá-la à idéia geral contida no princípio ou, se tal adequação for impossível, até mesmo levar à necessidade de afastamento da regra legal por sua incompatibilidade com o mandamento superior. Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, ao comentar o instituto da tutela antecipada, esclarece que tem aplicação genérica e corrobora a afirmação feita acima:

“É preciso que as normas postas pela legislação processual sejam interpretadas na perspectiva da garantia constitucional, de modo a permitir que delas sejam extraídas as tutelas jurisdicionais adequadas à concretização do direito de acesso à justiça”³⁴.

Para Canotilho, “Toda vez que um juiz invoca um princípio para motivar uma decisão estará ele, na realidade, enriquecendo o conteúdo conceitual do princípio, de maneira a justificar sua adequação a cada caso”³⁵. Em suma, toda a aplicação de um princípio acaba por dar-lhe um conteúdo próprio a ser declarado pelo juiz do caso.

E para que essa declaração seja realizada, o juiz terá de se basear não apenas nas circunstâncias da causa, mas também, e principalmente, na carga de valores advindos da sociedade.

O juiz irá não apenas aplicar o fato à norma legal, ele irá interpretar o conteúdo e aplicabilidade à luz de um conceito do princípio que, igualmente, será por ele inserido no momento da decisão.

³³ ESPINDOLA, Ruy Samuel. “Conceito de Princípios Constitucionais”. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. págs. 47/48

³⁴ Luiz Guilherme Marinoni Tutela antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. pg.107

³⁵ apud, Luciano Sampaio Gomes Rolim. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Disponível em março de 2002 www1.jusnavigandi.com.br/doutrina/texto.

Uma vez abordados alguns exemplos de elaboração de normas que com maior clareza mostraram a presença do princípio da proporcionalidade em estudo na Constituição de 1988, cumpre lembrar que, em se tratando de princípio geral de direito, não está adstrito a atuar nas esferas acima elencadas. Ao revés, norteia a hermenêutica da Constituição em sua totalidade e, logo, permeia a interpretação de cada uma de suas normas.

Portanto, o princípio da proporcionalidade é direito positivo e garantia de respeito aos direitos fundamentais, fluindo do espírito do (§2º do artigo 5º CF/88), o qual, consoante palavras do eminente professor Paulo Bonavides,

“Abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”³⁶.

Deve haver, uma relação de razoabilidade / proporcionalidade entre os bens protegidos pelas normas, sob pena destas não atenderem ao objetivo do texto Constitucional.

Com base em Maria Rosynete Oliveira Lima “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” de acordo também com o (art. 5º, inciso LIV CF/88)³⁷.

Em suma, princípio da proporcionalidade exerce função primordial na teoria constitucional. É de aplicação necessária nas hipóteses de colisão e restrição de direitos fundamentais.

De acordo com o que foi exposto sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que não possuem exatamente o mesmo significado, verificamos ser o princípio da Proporcionalidade mais abrangente, mais amplo. Por sua idéia essencial e geral significar a ponderação, aquele em que se socorre quando há conflitos entre ambos.

A proporcionalidade aparece neste trabalho como sendo o princípio dos princípios, um princípio geral de direito, e deve ser utilizado na solução de conflitos entre estes, incluindo a própria razoabilidade - por sua vez, traz a idéia geral da proibição de

³⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª edição. São Paulo: Malheiros. 2004 pg. 434

³⁷ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido Processo Legal. São Paulo: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1999, p. 273.

excesso, ou seja, a compatibilidade entre os meios e os fins para que se evite atitudes arbitrárias ou abusivas. Refere, ainda Carlos Roberto de Siqueira Castro,

“A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionais válidas, nem mesmo ao legislador legítimo, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política.”³⁸

Muitas vezes, para que a razoabilidade atinja seu fim, utiliza-se da proporcionalidade, aqui defendida como técnica de solução dos problemas, ponderação entre meios e fins que se deseja alcançar diante do caso concreto. Celso Antonio Bandeira de Mello nos diz: “Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma”³⁹.

Discorrido sobre os princípios na Constituição de 1988 iniciaremos o próximo capítulo falando sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade aplicada dentro do âmbito administrativo e constitucional.

³⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira “O Devido Processo Legal e Princípios da Razoabilidade na Nova Constituição do Brasil”. 1ª edição .Rio de Janeiro. Forense. 1989.pág.157

³⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 19ª-edição. SP: Malheiros Editores. 2005. pg 99

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE APLICADA

4.1 Os Princípios da proporcionalidade razoabilidade dentro do âmbito Administrativo e Constitucional

Sabemos que a Proporcionalidade é o elemento essencial tanto no âmbito administrativo quanto constitucional, ou em qualquer atuação da Administração Pública, além dos cinco elementos (necessidade, adequação, valoração, idoneidade e finalidade) que valida o ato administrativo se deve observar a proporcionalidade entre a restrição imposta ao particular e o benefício social comum, o controle judicial de leis.

Sem razoabilidade é necessário um instrumento que pode ser adequadamente utilizado para este fim, é a invocação do princípio da proporcionalidade, o que se tem praticado no poder judiciário brasileiro, tanto em sede controle difuso de constitucionalidade como concentrado. Por outro lado, o tribunal não utiliza de critérios subjetivos para que não se tenha uma divergência jurisdicional, com base nisso - Suzana Barros de Toledo diz:

“Muita cautela, contudo deve ser adotada, vez que, se por um lado se tem o controle amplo sobre os atos do poder legislativo por excesso ou abuso de poder na edição das leis”.⁴⁰

⁴⁰ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 2ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. pg.57

E ainda

"o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido".⁴¹

Para a Juíza Suzana de Toledo Barros, a aplicação do princípio da proporcionalidade é cristalinamente aplicado na nossa carta magna ART. 5º na cidadania, na inafastabilidade do poder jurisdicional, na dignidade humana, na legalidade e principalmente para impedir os excessos jurisdicionais. Para ela:

"Verificar, por exemplo, se as restrições de direitos fundamentais, de uma lei, se foram realizadas com a observância dos requisitos formais da Constituição, mesmo assim, não é suficiente, cumpre analisar também, se as condições impostas se revelam incompatíveis com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, avaliando os subprincípios deste, ou seja, adequação ou idoneidade e necessidade ou exigibilidade.

Essa conversão do princípio da reserva legal para o princípio da reserva legal proporcional pressupõe não só legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador.

De diversas formas, nas decisões judiciais, é utilizado, o princípio da proporcionalidade, onde aparece em sentido estrito e também genérico. Pode ainda ser utilizado como forma de limitação de atuação do Estado, aproximando-se do princípio da igualdade e da razoabilidade, bem como ser utilizado como limitação ao avanço do Estado sobre a esfera de liberdade individual.

Dito isto, cabe pontuar uma outra função de fundamental importância que é desempenhada pelos princípios em comento. É que eles servem de parâmetro para decidir situações concretas nas quais haja o eventual choque entre valores representados por diferentes princípios constitucionais"⁴².

Discorrido sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade aplicada dentro do âmbito administrativo e constitucional iniciaremos no próximo capítulo falando sobre os princípios no Direito Constitucional e sua eficácia e aplicação no Direito administrativo, nos direitos fundamentais e posicionamentos.

⁴¹ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 2ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. pg.57

⁴² BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. pg. 105/106

5. OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL E SUA EFICÁCIA

O que são princípios? Estes são valores básicos, inerentes a todos, que estão inseridos em uma sociedade desde sua fundação, são à base de uma sociedade. Paulo Bonavides cita:

“... princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.⁴³

Os princípios estão intrínsecos ao ser humano, não existindo nada acima deles. Por serem formadoras das leis, suas violações são consideradas gravíssimas. Acerca disso, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.”⁴⁴

Implícito na Constituição Federal de 1988, o princípio da Proporcionalidade faz com que a Administração Pública obedeça a critérios aceitáveis. Tendo o administrador à liberdade de adotar a providência mais adequada dentre aquelas cabíveis, não pode ele, portanto, transpor os limites estabelecidos em lei.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993. pág 154

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 11ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1999 pág 97

Cabe, então, ao administrador ponderar sobre o que melhor possa atender ao interesse público naquela situação, deve ele sempre buscar o bem comum, sob pena de infringir o princípio da finalidade e da legalidade.

O ato administrativo que não observa o princípio da razoabilidade, não está em conformidade com a lei e é passível de controle pelo Poder Judiciário. É importante ressaltar que a discricionariedade está vinculada ao administrador, não podendo o judiciário interferir nessa liberdade. O judiciário deve analisar a proporção utilizada entre o meio e o fim que a lei deseja alcançar.

Inserido no princípio da razoabilidade encontra-se o princípio da proporcionalidade. Referindo-se a esse princípio leciona Paulo Bonavides que: “Há princípios mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios”⁴⁵.

A proporcionalidade deve ser observada tanto pelos que exercem quanto pelos que tem o poder decisão, devendo o administrador estabelecer uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios que são levados em consideração. São três subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade: a pertinência ou aptidão; a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro elemento é a pertinência que analisa se o meio usado é o certo a ser empregado para o interesse público. É necessário que se possa alcançar o fim desejado.

Por necessidade, segundo elemento da proporcionalidade, entende-se que a medida não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. Citando Xavier Philippe, este assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima:

“De dois males, faz-se mister escolher o menor”⁴⁶.

A proporcionalidade em sentido estrito, último elemento ou subprincípio da proporcionalidade, é aquele utilizado pelo administrador para escolher o meio ou meios que levarem mais em conta o conjunto do interesse público.

A professora Lúcia Valle Figueiredo conclui:

⁴⁵ Apud, FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2006. pág.92

⁴⁶ Apud, BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1993, pág.336

“Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, a economicidade”⁴⁷.

Por último, ressalta-se, que o princípio da razoabilidade é mais um meio de controlar a administração pública sua forma eficaz é proibir os seus excessos, sendo, portanto, um dos mais importantes princípios regradores da administração pública.

5.1 Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade aplicadas também no direito penal.

Toda intervenção penal, na medida em que constitui uma restrição da liberdade, só se justifica se adequada ao fim a que se propõe, necessária. Desde que haja proporcionalidade e equilíbrio na medida ou na pena. Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode obter).

O princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, inc. XLVI), nos seus três níveis: no momento da cominação, da aplicação ou da execução, faz parte do princípio da proporcionalidade e é, aliás, expressão dele.

Está proibida, dessa forma, a pena exemplar. O fundamento constitucional desse princípio está no art. 5.o, inc. LIV, da CF, que cuida do devido processo legal bem como da proporcionalidade. O aspecto substantivo do devido processo legal coincide justamente com o princípio da proporcionalidade.

Tanto o legislador acha-se limitado pelo princípio da proporcionalidade, então sempre que este não cumpre referido princípio, devem o juizes fazer os devidos ajustes.

Exemplo, disto é a Pena de 6 anos para um beijo lascivo (CP, art. 214): cuida-se de pena totalmente desproporcional. Cabe ao juiz refutar sua aplicação. A solução melhor, para o caso, é a aplicação da pena anterior à lei dos crimes hediondos para o caso do beijo.

⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, pág. 42

O homicídio culposo no trânsito (art. 302 do CTB – Lei 9.503/97) é punido com pena maior que o homicídio do CP (art. 121, § 3.o). Isso poderia até entrar no âmbito de liberdade do legislador de punir mais gravemente um específico injusto penal.

Diferente é a situação da lesão culposa no trânsito (CTB, art. 303 – Lei 9.503/97) que tem pena em dobro ante a lesão dolosa do CP (art. 129). Aqui há evidente desproporcionalidade.

Tanto o delito como as penas (ou a medida segurança), são regidas pelo princípio da Proporcionalidade,.

Em se tratando de conflito entre princípios, certo é que o eventual confronto entre eles não poderá ser resolvido pela simples e completa eliminação de um dos dois valores.

Daí porque o Ministro Teori Albino Zavascki, REsp 851.174 DJU 14.12.2006, e em sede doutrinária, afirma que:

“Considerada a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais previstos na Constituição, a solução do conflito há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente colidentes, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência de um deles”⁴⁸.

Da jurisprudência do STF colhe-se precedente relatado pelo Ministro Relator Celso de Melo (ADIN - 3.540-MC/DF, 1/9/05) que dá bem a idéia de como se dá esta operação para compatibilizar valores constitucionais. É o que deflui da seguinte passagem da referida decisão:

“Atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro lado, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável.”⁴⁹

5.2 Aplicação no Direito Administrativo e nos Direitos Fundamentais.

⁴⁸ RESP.851.174.Relator:Ministro Teori Albino Zavascki(DJU 14.12.2006)

⁴⁹ ADIN -3.540-MC/DF-Relator :Ministro Celso de Melo (D.J.U 1/9/05)

Uma outra provocação que tem inequívoca atualidade e relação com o tema em epígrafe é aquela ligada à necessidade de se buscar o equilíbrio entre a publicidade de atos processuais e a necessidade de proteção à intimidade (e dignidade) da pessoa.

É que a publicidade, em si, é uma virtude de todo processo democrático de exercício de poder. Contudo, levado a limites, o princípio em comento pode trazer prejuízos para o interesse público, para direitos dos implicados igualmente protegidos pela Constituição e, até mesmo, para o correto exercício da jurisdição.

Uma vez mais se evidencia que será mediante a ponderação dos interesses em jogo em determinado processo judicial (proporcionalidade) ou da razoabilidade de determinadas providências que potencializem a publicidade é que se poderá ter como solucionar “situações limite” que possam decorrer de algo que, numa situação normal, é virtude do processo e nada traz de prejudicial a ele. E outro ponto já tratado neste texto, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público, RAQUEL DENIZE STUMM, pontua que:

“Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do (due process of law)”⁵⁰

5.3 Posicionamentos da doutrina e sua aplicação prática na jurisprudência

Insta notar ainda, que a jurisprudência do STF também tem se utilizado da proporcionalidade e razoabilidade para aferir da constitucionalidade, ou não, de textos legislativos. É interessante destacar, igualmente, a fundamentação do princípio da proporcionalidade adotada na decisão sob análise, como se depreende da seguinte passagem da aludida decisão:

⁵⁰ STUMM, Raquel Denise. “Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995. pg. 159/170

“A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem” não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...), de tal modo que “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)”⁵¹

É nesse sentido que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem aplicado os princípios nos mais diversos quadrantes cedendo lugar ao equilíbrio e à ponderação, empreendendo, assim, o controle judicial da discricionariedade dos atos do Poder Público. O Supremo Tribunal Federal tem invocado, da razoabilidade em seus julgados. Em mais de 200 (duzentos) acórdãos, mais de 600 (seiscentas) decisões monocráticas, mais de 60 (sessenta) decisões da Presidência da Corte e em, pelo menos, 4 (quatro) Questões de Ordem, encontramos o ditame no acervo de jurisprudência do Pretório Excelso⁵².

Discorrido sobre os princípios no Direito Constitucional e sua eficácia e aplicação no Direito administrativo, penal, e nos direitos fundamentais e também os posicionamentos iniciaremos novo capítulo falando da proporcionalidade e razoabilidade no S.T.F.

⁵¹ GILMAR FERREIRA MENDES, “A proporcionalidade na jurisprudência do STF”, in Repertório IOB de Jurisprudência, 23/94, pg. 475).

⁵² MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora – Universidade de Coimbra, 2002. p. 728

6. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A proporcionalidade vem, crescentemente, despertando a atenção da doutrina e jurisprudência brasileira. Seus precursores, na língua portuguesa, foram J.J. Gomes Canotilho, José Carlos Vieira de Andrade, Paulo Bonavides e Santiago Guerra Filho.⁵³

Luis Virgilio Afonso da Silva observa que setores da jurisprudência, notadamente do STF, utilizam-se dos termos proporcionalidade e razoabilidade como se sinônimos fossem. Entretanto, para o autor esta correlação não existe e considerá-la seria pecar contra a boa técnica do direito, e diz que para exemplificar, como os dois princípios são plantados, temos o artigo, que versa sobre prisão em flagrante, em caso de funcionário público, para entendermos como o Princípio da Proporcionalidade é aplicado no artigo do Código Penal.

“Art.48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente:
1º - na suspensão do exercício da profissão;
2º - na suspensão do emprego em atividade privada;
3º - na suspensão de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória”.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a referida restrição revelava-se desproporcional (exorbitância dos efeitos da condenação) e era, portanto, inconstitucional, por manifesta afronta ao próprio direito à vida.

⁵³ SILVA, Luiz Virgilio Afonso da, na monografia “O Proporcional e o razoável”, publicado na Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol.798, pág 34

Há esta situação em muitas sentenças e julgados do STF, e muitas vezes, aplica o princípio da “desproporcionalidade”, violando o próprio Princípio da Proporcionalidade, em casos de aberração jurídica.

O tema voltou a merecer a atenção da nossa jurisprudência, na Representação nº 930⁵⁴, quando se discutiu a extensão da liberdade profissional e o sentido da expressão condições de capacidade, tal como estabelecido no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/69. O voto então proferido pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmin enfatizava a necessidade de preservar-se o núcleo essencial do direito fundamental, ressaltando-se, igualmente, que, ao fixar as condições de capacidade, haveria o legislador de “atender ao critério da razoabilidade – ou Princípio da Razoabilidade garantida na nossa carta magna”.

O reconhecimento da competência do Poder Judiciário para apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público demonstra a necessidade de, muitas vezes, proceder-se, no controle de normas, ao confronto da lei consigo mesma, tendo em vista os fins constitucionalmente perseguidos e considerando ou mesclando os dois Princípios.

Trata-se, à evidência, de aplicação do Princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no juízo de constitucionalidade, ou seja, a não aplicação do Princípio da Razoabilidade.

Na ADin 855-2 viu-se o Supremo Tribunal Federal confrontado com a indagação sobre a proporcionalidade ou a razoabilidade de disposições constantes do direito estadual do Paraná (Lei nº 10.248, de 14.01.93) que fixavam as seguintes exigências: Para exemplificar o Artigo 1º...

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

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

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

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

⁵⁴ Representação 930 - Relator: Ministro Rodrigues Alckmin- DJ 02.09.77

Reconheceu-se, a possibilidade de lesão ao princípio da proporcionalidade, pois, um outro fundamento igualmente suficiente para conduzir à invalidade da lei por ofensa ao princípio da razoabilidade.

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

Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer que esse princípio tem hoje a sua sede material no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

6.1 Proporcionalidade e razoabilidade subdivididas nos Atos Legislativos

Os referidos princípios podem ser desdobrados em subprincípios, ou, mais propriamente, pode-se falar em etapas da verificação da proporcionalidade /razoabilidade do ato legislativo, já, mencionados e estudados:

- a) subprincípio da adequação;
- b) subprincípio da necessidade;
- c) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O afastamento da presunção de constitucionalidade da lei tem importantes reflexos para o Princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Por meio deste, faz-se à ponderação entre os interesses envolvidos no caso.

Em primeiro lugar, cumpre verificar qual interesse é perseguido pelo ato legislativo e qual interesse é por este afetado. Deve o intérprete realizar a compatibilização possível, dando preferência ao interesse de maior peso, segundo as circunstâncias do caso.

Tome-se, como exemplo, restrição legislativa à norma de direito fundamental que prevê a liberdade do exercício de atividade profissional (art. 5º, XIII, CF/88). Direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, podendo ser restringidos desde que resguardados os veículos próprios (esclareça-se: a lei

ou, eventualmente, a decisão judicial), seu núcleo essencial e o princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade. Não é destituído de razoabilidade ato legislativo que exige qualificação especial para aqueles que pretendam exercer a medicina, por exemplo. A lei pode, inclusive, impor sanção penal ao exercício ilegal da medicina e ao "curandeirismo" (arts. 282 e 284 do CP).

O afastamento da presunção de constitucionalidade contribui, entretanto, para redução dessa margem de risco, qualificando, a priori, um dos interesses e exigindo, conseqüentemente, especial qualificação do outro para sua restrição.

Envolvidas, por exemplo, liberdades básicas ou, ainda, direitos de minorias, faz-se necessário para sua restrição que o interesse perseguido pela lei se revista de acentuada magnitude.

Nem sempre, porém, o Supremo distingue Proporcionalidade de Razoabilidade, nas decisões da suprema corte da justiça, ao tratarem de tais princípios fazem uso de ambos como se fossem sinônimos.

Virgílio Afonso da Silva critica o Supremo, quando este entre outras afirmações condena a forma em que a Corte Suprema do Brasil, usa ou aplica esta regra, enfatizando que:

"O recurso à regra de Proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou mais acrescenta a discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da Razoabilidade em regra o da Proporcionalidade, seriam sinônimos. Isso é amplamente discutível, pois em outras decisões há que se adequar e valorar com igualdade sem que esses princípios acabem por prejudicar terceiros de razoável e proporcional para apenas um pólo e totalmente desproporcional para o outro, vejamos a decisão do ministro Celso de Melo"⁵⁵.

Da jurisprudência do STF colhe-se precedente relatado pelo Ministro Celso de Melo (ADIN 3.540-MC/DF, 1/9/05) que dá bem a idéia de como se dá esta operação para compatibilizar valores constitucionais. É o que deflui da seguinte passagem da referida decisão:

"Atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro lado, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito

⁵⁵ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da, na monografia "O Proporcional e o razoável", publicado na Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol.798, pág 31

da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável.⁵⁶

Na decisão da Liminar do HC 76.060-4, por exemplo, o Tribunal faz uso da regra da proporcionalidade da seguinte forma:

“ O que, entretando, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade- de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.”⁵⁷

Luís Virgílio Afonso da Silva acredita que nesta decisão: “Apesar de salientar a importância da proporcionalidade para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais, o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada limitando-se a citá-la”.

Para o autor em inúmeras decisões, sempre que se queira fastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado Inconstitucional”⁵⁸. O que o autor quer dizer é que o STF faz referência à regra da proporcionalidade, mas não a aplica na sua forma estrutural: adequação, necessidade e proporcionalidade restrita.

6.2 Princípio da Proporcionalidade e razoabilidade aplicadas nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Estes princípios da razoabilidade e Proporcionalidade, no âmbito do Direito Administrativo, dificilmente serão encontrados atos legislativos explicitamente discriminatórios contra os pobres. Entretanto, atos legislativos gerais

⁵⁶ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da, na monografia “O Proporcional e o razoável”, publicado na Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol.798, pág 31.

⁵⁷ HC 76.060-4

⁵⁸ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da, na monografia “O Proporcional e o razoável”, publicado na Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol.798, pág 31.

podem ter efeitos práticos discriminatórios, como, por exemplo, quando se exige preço público ou taxa elevada para fruição de serviços públicos, o que deve merecer atenção por parte dos juízes.

É importante mencionar ainda, a única menção do caso concreto de aplicação da regra de Proporcionalidade também incluirá duas sub regras (adequação + necessidade) por meio da citação do trabalho doutrinário⁵⁹ de autoria de nosso, o ilustre Gilmar Ferreira Mendes que não se preocupa em absoluto a aplicar no caso concreto, fala que o tribunal limita-se a equiparar Proporcionalidade e Razoabilidade quando o que o Proporcional extrapola dentro dos limites do razoável.

A realidade sócia econômica e política também são fatores de crucial relevância, os quais influenciam diretamente no entendimento e aplicação do no texto da constituição, pois os intérpretes buscam o entendimento das normas jurídicas devendo esse espaço vazio existente ser completado pela interpretação, tendo sempre a adequação e necessidade como base.

6.3 Razoabilidade e proporcionalidade afastando a presunção de constitucionalidade.

Na Adim 2.591-1 o Ministro Eros Grau - diz que:

“A doutrina e certa jurisprudência pretendem aplicar a razoabilidade e a proporcionalidade, como se princípios fossem, a casos concretos, de modo a atribuir ao Poder Judiciário capacidade de corrigir o legislador. Essa pretensão é inteiramente equivocada, mesmo porque importa desataviada afronta ao princípio (este sim, princípio) da harmonia e equilíbrio entre os Poderes”⁶⁰.

Em seu voto-vista na ADIN 2.591-1, apresentado em 04 maio 2006, admite-se tão somente a aplicação da razoabilidade pelo Judiciário como instrumento de equidade.

A razoabilidade também é comumente invocada pelo STJ nos casos envolvendo indenizações, sobretudo por danos morais, um exemplo:

⁵⁹ Mendes, Gilmar Ferreria – A proporcionaliade na jursiprudência do Supremo Tribunal Federal (iob 23/1994 p. 475)

⁶⁰ Ministro Eros Grau, do STF, em seu voto-vista na ADIN 2.591-1

“Recurso especial. Dano Moral. Inclusão indevida em cadastro restritivo de crédito. Revisão do valor. Violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso provido.

1. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta fixação, pelas instâncias ordinárias, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo possível, assim, a revisão da aludida quantificação.

2.A existência de outros registros em nome do recorrido não afasta a presunção, porém tal fato deve refletir sobre o valor da indenização.

3. recurso conhecido parcialmente e, na parte conhecida, provido”.⁶¹

Por fim, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade vêm a auxiliar o intérprete na difícil missão do desvendamento do sentido do Texto Constitucional.

Trata-se de decorrência direta do princípio da razoabilidade, e prescreve que o intérprete deve colocar-se a favor do menor sacrifício do cidadão no momento de escolher o sentido mais adequado de aplicação da norma constitucional.⁶²

Deve o intérprete buscar o equilíbrio entre o sacrifício de um direito por parte de seu titular e a medida a ser tomada pelo agente público, consistindo em um meio de adequação dos métodos utilizados aos fins perseguidos pelo ordenamento jurídico, o qual deve ser aplicado em sua justa medida.⁶³

⁶¹ Resp 746094/Es: S.T.J Relator Min.Hélio Quaglia Barbosa.4º T.DJ.04.12.2006

⁶² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003 . pg. 113

⁶³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 42-43.

CONCLUSÃO

Os princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade estão presentes em todo o ordenamento constitucional é quase impossível sua interpretação não adequada, ou separadamente sem os fatores apresentados como Adequação necessidade e devido processo em sentido estrito, para que se possa conciliar os fins com os meios é preciso que ambos sejam visualizados, para atingir suas metas constitucionais.

A Constituição, principalmente em nossos direitos e garantias fundamentais, formam sistemas de interpretação que no contexto, reconhecemos estes princípios constitucionais, pois, estão implícitos para cada caso, a proporcionalidade em conjunto com razoabilidade.

Os Princípios estão ligados entre si, ou seja, razoabilidade e proporcionalidade são instrumentos de controle do Estado, seja qual for a sua natureza. O princípio da razoabilidade representa a norma concreta da supremacia do interesse da coletividade, verdadeiro interesse público sobre o Estado.

Para uma decisão ser acertada a medida deverá ser adequada, para que haja o menor prejuízo possível, isso nos remete objetivamente ao “proporcional em sentido estrito”, se as vantagens que trará superarem as desvantagens, isso será razoável e proporcional certamente.

O princípio da razoabilidade é ainda mais presente, com a Jurisprudência dos Valores, as idéias de ponderação, de equilíbrio, e de harmonização ganham força e é, através da razoabilidade, dentro vamos dizer como por exemplo do direito Tributário, que se consegue estabelecer equilíbrio entre os poderes do Estado. É

através da razoabilidade que se vai ponderar entre os princípios da capacidade contributiva/justiça e o da segurança jurídica.

O princípio da proporcionalidade pode ser entendido, enfim, aplicável a todo direito fundamental em situação de conflito, este conteúdo se reparte em três princípios passíveis de aplicação nas relações processuais: a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Cientes da efetiva renovação do modo de solucionar os casos no nosso mundo jurídico, numa revolução na qual ocupam lugar de destaque os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade é que estudiosos do Direito Constitucional e demais ramos do direito vão se dando conta da necessidade da maior assimilação das idéias destes dois princípios para o bom funcionamento de um Estado democrático de Direito.

Entretanto em nossa dogmática jurídica, têm-se confundido o Princípio da Proporcionalidade de origem germânica com o Princípio da Razoabilidade que tem origem anglo-saxônica. Estes dois princípios de origens e significados diferenciados, muitas vezes são confundidos em sua aplicação prática.

A Suprema Corte está – e cada vez mais – a construir mais solidamente a jurisprudência sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mas até mesmo o STF comete em alguns casos uma postura vacilante com a ausência de uma diferenciação dogmática e que muitas vezes é criticada.

Tais decisões demonstram, cabalmente, que ainda há muito para se desenvolver na pesquisa do verdadeiro sentido dos princípios em questão.

Podemos dizer que existe uma divergência entre os vários autores pesquisados, incluindo com já dito acima nas decisões do STF, sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uns acham que estes princípios são sinônimos, outros verificam ser um mais amplo que ao outro, alguns juristas consideram que os princípios são indiscutíveis. Mas este debate diz respeito somente a questão semântica e sem maior consequência para o reconhecimento judicial amplamente conquistado por esses postulados em variados contextos.

Concluimos que o estudo desses dois princípios, com a análise de seu alcance e efeitos é de grande importância para os operadores do direito e também para os jurisdicionados. E que seguramente em todas as esferas estatais há que se ter razoabilidade nas decisões, não pecar pelo excesso, ser adequado e proporcional.

REFERÊNCIA

ÀVILA, Humberto. Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª. edição.São Paulo: Editora Saraiva. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: Temas de direito constitucional, 2ª edição. Editora Malheiros.2002

.

BONAVIDES, PAULO. Curso de direito constitucional. 13ª. edição. São Paulo: Editora Malheiros.2004

CANOTILHO, José Joaquim Gomes.Direito Constitucional e Teoria Da Constituição.6ª ed.Coimbra:Almedina.2002.pg.262

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. “O Devido Processo Legal e a Razoabilidade na Nova Constituição do Brasil”, Forense, 1ª Edição, Rio de Janeiro, 1989.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. 3ª-edição. R/J: Editora Forense. 2005

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 19ª-edição. São Paulo:Editora Atlas S.A.2006.

ESPINDOLA, Ruy Samuel .“Conceito de Princípios Constitucionais”.São Paulo: Revista dos Tribunais.1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8ª-edição. São Paulo:Malheiros Editores, 2006.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro.A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FILHO, José dos Santos Carvalho.Manual de Direito Administrativo.18ª-edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago (organizadores). Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Malheiros, São Paulo, 1996.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido Processo Legal.São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1999.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora Universidade de Coimbra, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme Tutela antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, HELY LOPES. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, 30ª. Ed. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de D. Administrativo. 19^o-edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2005

MENDES, Gilmar Ferreira. “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in Repertório IOB de Jurisprudência, 23/94.

NETO, Manoel Aureliano Ferreira – Aplicação dos Princípios de Razoabilidade e Proporcionalidade nas relações de consumo. São Luis. *Editora Fiúsa*. 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da, na monografia “O Proporcional e o razoável”, publicado na Revista dos Tribunais, Ed. Revista dos Tribunais, vol.798, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3^o edição. São Paulo: Malheiros. 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Malheiros, 1998.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. 1^o ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995

ANEXO

(ADIMC-1753/DF) proposta contra os artigos 4º e parágrafo único da Medida Provisória n. 1.577-6/97

ADIMC n. 1407; REL.CELSO DE MELLO, DJ 24.11.00

ADIMC n. 1922 por Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes – IOB 1992 24ª ED. PG. 438

RE n. 175161 por Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes – IOB 1992 24ª ED. PG. 438

HC n. 75889-MT- Relator: Ministro Marco Aurélio DJ, 19.06.1998 –Min. Maurício Corrêa.

RE n. 211.043 - Relator Ministro Marco Aurélio DJ, 19.06.1998 –Min. Maurício Corrêa.

RESP- 851.174- Relator: Ministro Teori Albino Zavascki(D.J.U 14.12.06)

ADIN -3.540-MC/DF – Relator: Ministro Celso de Melo (D.J.U 01/9/05)

Representação 930- Relator: Ministro Rodrigues Alckmin- DJ 02.09.77

Ministro Eros Grau, do STF, em seu voto-vista na ADIN 2.591-1

STF - HC no 76.060-4/SC, 1ª-Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 15.05.1998, p.44.

ADIN-1055-7- Relator Ministro Sepúlveda Pertence – pleno – j. 16.4.98 - DJ 12.6.98 – unânime);

(Rel. Sepúlveda Pertence – pleno – j. 16.4.98 - DJ 12.6.98 – unânime); ADI 1055-7-

(DF maioria). Ação Direta de Inconstitucionalidade relatada pelo eminente Ministro Sepúlveda 1753-2-DF

RE 223075-1-DF (Rel. Ilmar Galvão – Primeira Turma – j. 23.6.98 – DJ 6.11.98 – unânime).

HC no 76.060-4/SC, STF 1ª-Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 15.05.1998.

[http://www.direitonet.com.br/textos/x/17/20/1720/DN Principios da proporcionalidad e e razoabilidade.doc](http://www.direitonet.com.br/textos/x/17/20/1720/DN_Principios_da_proporcionalidad_e_e_razoabilidade.doc)