Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB

R e DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 2 – abril/maio/junho de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PÓS-MODERNIDADE

Prof. Sergio Guerra
Sócio-Chefe do Setor Regulatório do Escritório Siqueira Castro Advogados, Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Memdes.

Sumário: Introdução. INTRODUÇÃO. 1. A importância dos princípios como espécie de norma jurídica. 2.O princípio da proporcionalidade e a sua vinculação à cláusula do devido processo legal. 2.1. Proporcionalidade e Razoabilidade. 2.2. Linhas evolutivas do princípio da proporcionalidade. 2.3. Os sub-princípios da proporcionalidade. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Impende assinalar que no atual período pós-moderno, com a relativização do positivismo, a conciliação e convivência harmônica entre princípios se traduz em um dos assuntos mais relevantes do Estado Democrático de Direito.

No estágio em que se encontra o pluralismo social há um conjunto de valores conflituosos, com numerosas dependências recíprocas, de modo que a intervenção estatal, em um determinado aspecto do conjunto social, acaba por refletir em outro seguimento.

Isso faz com que, em determinadas situações, os benefícios advindos da intervenção para um subsistema sejam desproporcionais aos problemas e desvantagens que acarretarão para outros ou para direitos individuais.

A bem da verdade, deve haver, de um lado, uma releitura da concepção clássica da noção de interesse público, adotado como fundamento para a legitimação dos atos e medidas no âmbito da Administração Pública.

Na atualidade há, de maneira muito mais clara, necessidade de se perseguir uma verdade objetiva – e não absoluta – dando-se mais importância aos indivíduos e a dignidade humana. Vale dizer, dar maior relevo aos ***direitos e garantias fundamentais dos indivíduos***.

Por isso, "tende a modificar-se também o entendimento de sacrifício de um interesse em benefício de outro, ou de primazia de um sobre outro interesse".[1]

Nessa ordem de convicções, desponta de superlativa importância o papel dos *princípios* como espécie de *norma jurídica*, notadamente sob a forma da *proporcionalidade*.

1. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS COMO ESPÉCIE DE NORMA JURÍDICA

A doutrina majoritária, com destaque para Ronald Dworkin, sustenta que a estrutura normativa é composta por princípios e regras jurídicas.[2] Os princípios, que são mais genéricos e abstratos do que as regras, não estão subsumidos a uma situação de fato, possuindo uma dimensão de peso ou importância. Para sua aplicação, não importa que os princípios estejam previstos no texto constitucional ou não.

O conceito de princípios foi elaborado por Josef Esser, em 1956. Para esse pensador os princípios, ao contrário das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos (critérios para justificação de uma ordem). Ademais disso, segundo o critério de *fundamento de validade*, adotado por Wollf-Bachof e Forsthoff, os princípios seriam diferentes das regras por serem dedutíveis objetivamente do princípio do Estado de Direito, da

---

[1] MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 183.

[2] O mestre CANOTILHO apresenta cinco critérios para distinguir regras e princípios: *"a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) grau de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex. princípio do Estado de Direito); d) proximidade da idéia de direito: os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes radicados na idéia de 'justiça' (DWORKIN) ou na 'idéia de direito' (LARENZ); as regras podem ser norma vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante".* **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4.ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 166/167.

idéia de Direito ou do princípio da justiça. Eles funcionariam como fundamentos jurídicos para as decisões.[3]

Nessa linha, Karl Larenz define os princípios como sendo normas jurídicas que não possuem uma situação fática determinada. Segundo esse doutrinador, princípios "enquanto 'idéias jurídicas materiais' são manifestações especiais da idéia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica, alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma 'analogia geral' ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram 'descobertos' e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na 'consciência jurídica geral', graças à força de convicção a eles inerente. Decisiva permanece a sua referência de sentido à idéia de Direito".[4]

Pode-se afirmar que a teoria principiológica teve fundamental contribuição com os estudos elaborados por Ronald Dworkin, em 1967, contra o positivismo. Após criticar as teorias positivistas de Austin e Hart (a quem sucedeu na Universidade de Oxford), aduz: "Quero lançar um ataque ao positivismo. (...) … quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões". [5]

E conclui: "o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras".[6]

---

[3] Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p.151-179, jan./mar. 1999.

[4] **Metodologia na ciência do direito.** Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 577.

[5] Para o autor, o positivismo formula os seguintes preceitos: 1º) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público; 2º) o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com o "direito", de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas, então esse caso não pode ser decidido mediante a "aplicação do direito"; e 3º) dizer que alguém tem uma "obrigação jurídica" é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 27-28. A obra original foi publicada pela Harvard University Press, em 1977, com o título **Taking Rights Seriously**,. Sobre o tema, ver, ainda, Paulo Bonavides, em seu **Curso de Direito Constitucional**, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 235 e ss.

[6] DWORKIN, op. cit. p. 28.

Para esse autor, as regras são adotadas pelo método *all or nothing,* vale dizer, "dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão".[7] Assim, se uma regra se confronta com outra, uma delas deve ser considerada inválida.[8]

De outra parte, Dworkin destaca a questão dos pesos entre princípios (*dimension of weight*), de modo que na hipótese de colisão prevalece o de maior peso sem excluir o outro totalmente. "Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é".[9]

E conclui: "O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como 'válido'".[10]

O professor alemão Robert Alexy complementou o pensamento de Dworkin ao sustentar que o princípio, como espécie de norma jurídica, não determina as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Daí definir os princípios como "mandamentos de otimização", aplicáveis em vários graus normativos e fáticos.[11] Por suas palavras, "princípios são proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem via de regra não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios".[12]

Nesse sentido, quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso (ex. princípio da dignidade humana x

---

[7] Idem, p. 39.

[8] Idem, p. 43.

[9] Idem, pp.42-43.

[10] Idem, p. 114.

[11] *"(...) los principios son mandatos de optimizacion, que estam caracterizados por el hecho de que puedem ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos".* **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86. Ver, ainda, o artigo Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.217:I-VI, p67-79, jul./set.1999, que sintetiza sua palestra no Brasil no ano de 1998.

[12] **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.248

direito de proteção judicial de uma outra pessoa em um caso de paternidade). Nesse caso, a solução somente advém da ponderação do caso concreto.

Como salienta Claus-Wilhelm Canaris, diferentemente das normas preceituais, "os princípios não valem sem excepção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas". [13]

Com efeito, quando há conflito entre princípios deve se buscar uma solução que realize a todos. Isto porque estes não se identificam com valores, na medida em que não determinam o que deve ser, mas o que é melhor.

Paulo Boanvides, com apoio em Dworkin, esclarece que "um princípio aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva".[14]

Por isso, como adverte Eros Roberto Grau, "o princípio é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações".[15]

É o que Willis Santiago Guerra Filho chama de "sopesamento" (*Abwägung*) quando da colisão entre princípios com vistas à aplicação do mais adequado.[16] Nas palavras do autor, "enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resulta apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro".[17]

Desse modo, pode-se concluir que princípios: "são normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida".[18]

---

[13] **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A . Menezes Cordeiro. 2.ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 88.

[14] Op. cit. p. 253.

[15] **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 95.

[16] **Teoria Processual da Constituição**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 129.

[17] **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 45.

[18] ÁVILA, op. cit. p.167.

2 - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SUA VINCULAÇÃO À CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio da proporcionalidade é, indisputavelmente, de superlativa importância em nosso cotidiano, haja vista que serve como princípio de ponderação dos princípios garantidores dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Canotilho leciona que o campo de aplicação da proporcionalidade que se apresenta com maior importância é o da restrição de direitos, liberdades e garantias por todas as espécies de atos dos poderes públicos. Isso significa dizer que qualquer limitação a direitos, liberdades e garantias, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). No entanto adverte que "o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie".[19]

Nas palavras de Aldo Sandulli, "Il problema della proporionalità, quindi, consiste nell'esercitare la giusta misura di potere, in modo da svolgere un'azione idonea ed adeguata alle circostanze di fatto: un'azione coerente con i presupposti e con la situazione di fatto, che non alteri il giusto equilibrio tra valori, interessi, situazioni giuridiche. La proporzionalità, dunque, rappresenta uno strumento di armonizzazione tra forze confliggenti e di moderazione del potere, volto al perseguimento della giustizia dell'azione, intesa quest'ultima non in senso giusnaturalistico, ma come elemento del rapporto simbiotico com il dirrito (e pertanto, in posizione di medizaione tra positivismo e giunaturalismo)".[20]

Karl Larenz, ao sustentar que o princípio da proporcionalidade, nas suas distintas manifestações e enquanto se apresenta como uma exigência da medida indicada (da adequação entre meio e fim e do meio mais idôneo do direito protegido diante de outro bem jurídico igualmente protegido), denota que "a idéia de 'justa medida' tem uma relação estreita com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na importância de deveres e ónus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível". [21]

Esse princípio não está positivado em nossa Constituição Federal de 1988, figurando atualmente em sede normativa ordinária, não impedindo que o mesmo seja invocado com relativa freqüência pelos nossos magistrados com vistas à invalidação de atos administrativos.[22]

---

[19] Op. cit. p. 270.

[20] **La proporzionalitá dell'azione amministrativa**. Milão: Cedam, 1998, p. 2

[21] Op. cit., p. 603.

[22] Lei nº 9.784, de 19.01.1999: Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

No entanto, a Carta Magna assegurou uma série de princípios e a expansão dos mesmos, conforme art. 5º, §2º que assim dispõe: "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".

Sobre o princípio da proporcionalidade em nosso sistema jurídico-constitucional, o mestre Paulo Bonavides denota que "a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito. (...) O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2° do art. 5°, o qual 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. Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade".[23]

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - **adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público**; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

[23] Op. cit. pp. 396-397.

É o pensamento de Willis Santiago Guerra Fulho, que, entre nós, foi o primeiro doutrinador que sistematizou o tema em comento,[24] quando observa: "A ausência de uma referência explícita ao princípio no texto da nova Carta não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualificá-lo como 'norma fundamental', nos termos da Teoria Pura Kelseniana, se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo 'posta' (positivada) e 'pressuposta' (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo)".[25]

É assinalável, desde logo, que a doutrina majoritária sustenta que a proporcionalidade está inserta na cláusula do devido processo legal (*due process of law*) sucessora da cláusula do direito medieval saxônico *law of the land.*[26]

---

[24] **Ensaios de Teoria Constitucional.** Fortaleza: Imprensa da Universidade Federal do Ceará, 1989

[25] *Processo...*, p. 83.

[26] Do ponto de vista de uma perspectiva histórica, a doutrina não é uníssona quanto às origens do princípio da proporcionalidade, vale dizer: se o mesmo decorre do jusnaturalismo medieval saxão ou dos julgados da Corte Constitucional alemã. Essa nuance – que aparentemente se apresenta desinfluente para a aplicação do princípio da proporcionalidade – encontra importância ao investigarmos se a proporcionalidade é um princípio autônomo, ou se trata de uma faceta do princípio da razoabilidade. J.J. Gomes Canotilho, ao examinar a "europeização" do princípio da proibição do excesso, leciona que a intuição da dimensão material do princípio da proporcionalidade não é nova. O mestre português sustenta que já nos séculos XVIII e XIX ela está presente na idéia britânica de *reasonableness*, no conceito prussiano de *Verhältnismässigkeit*, na figura do *détournement de pouvoir* francês e na categoria italiana do *eccesso di potere.* (*Direito Constitucional...* p. 267). Suzana de Toledo Barros, sustenta que *"o germe do princípio da proporcionalidade (...) decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII"*. (**O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2.ed. Brasília: Brasilia Jurídica, 2000, p. 35). Nesse mesmo sentido, e adotando como premissa a existência de uma relação de fungibilidade entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, Luís Roberto Barroso denota que ambos têm *"origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do Direito anglo-saxão"*, concluindo que: *"De fato sua cláusula remonta à cláusula law of the land, inscrita na Magna Carta, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo"*. (Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 23 abr/jun, 1998, pp. 65-78). Colhe-se, ainda, o pensamento de Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, para quem a origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade *"remonta aos séculos XVII e XVIII, quando, na Inglaterra surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e, conclamando ter o soberano o dever de respeita-los"*. (O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Rio de Janeiro, **Revista Forense**, v. 349, mar.,2000, pp. 29-41). Em sentido contrário Luís Virgílio Afonso da Silva sustenta: *"É comum em trabalhos sobre a regra da proporcionalidade, que se identifique sua origem remota já na Magna Carta de 1215. (...) Essa identificação histórica é por diversas vezes equivocada"*. (O proporcional e o razoável. Rio de Janeiro, **Revista dos Tribunais**, v. 798, abr.2002, p.23-50).

A cláusula *law of the land*, por sua vez, é encontrada na Carta Magna do João Sem Terra, de 1215, documento esse reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo.[27]

Willis Santiago Guerra Filho sustenta que "a idéia subjacente à 'proporcionalidade', *Verhaltnismässigkeit*, noção dotada atualmente de sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, ou seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber, com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado por uma Constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis. Um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na *Magna Charta* inglesa, de 1215, na qual aparece com toda clareza manifesta a idéia anteriormente referida, quando estabelece: 'O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito'. Essa espécie de contrato entre a Coroa e os senhores feudais é a origem do *Bill of Rights*, de

---

[27] A cláusula do devido processo legal constou das 5ª e 14ª Emenda à Constituição Americana. Assim é que dispôs a 5ª Emenda, dirigida aos Poderes e às autoridades da União Federal, com a seguinte redação (…) *"Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declaração sob juramento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou de perigo público; da mesma forma, nenhuma pessoa estará sujeita, pelo mesmo crime, a correr por duas vezes perigo de vida; nem será obrigada, em nenhum caso criminal, a depor contra si mesma, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem a devido processo legal; nem a propriedade privada será desapropriada para usa público sem justa compensação".* Posteriormente, após o término da guerra civil (1861-1865), e como resultado da abolição da escravatura, através da Proclamação expedida em 1863, o Congresso norte-americano aprovou três emendas, de nºs 13, 14 e 15, destinadas fundamentalmente a garantir os direitos de cidadania e as liberdades civis (*civil liberties*) aos ex-escravos e seus descendentes de cor negra. Tinha início, assim, a longa e penosa trajetória dos americanos em direção à igualdade racial que viria desaguar, anos mais tarde, em 1954, no julgamento do caso Brown *v.* Board of Education, pela Suprema Corte então presidida por *Chief Justice Warren*, quando a Justiça dos Estados Unidos, por seu órgão de cúpula, decretou o fim da segregação racial nas escolas americanas, impondo a integração entre brancos e negros no sistema educacional. A 14ª Emenda, promulgada na trilha dessas medidas integracionistas, visou, na sua fase inicial, revogar a famigerada decisão daquele Alto Tribunal no caso Dred Scott *v.* Sand-ford, do ano de 1857, que considerou não ser cidadão a autor da ação judicial, um escravo que postulava em favor da sua liberdade, não se lhe reconhecendo, em conseqüência, legitimidade para requerer em juízo. Para coibir essa situação discriminatória, e também para estender a todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos a plenitude dos direitos de cidadania, proclamou a festejada 14ª Emenda em sua parte primeira: (...) *"Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residam. Nenhum Estado editará ou aplicará qualquer lei que prejudique os privilégios e imunidades dos cidadãos americanos; também nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da lei."* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 30-31

1689, onde então adquire força de lei os direitos frente à Coroa, estendidos agora aos súditos em seu conjunto, após a 'Revolução Gloriosa', liderada por Cromwell".[28]

Carlos Roberto Siqueira Castro leciona que a cláusula do devido processo legal erigiu-se num requisito de razoabilidade (*reasonableness*) e racionalidade (*racionality*) dos atos estatais. E, sob o contexto histórico, aduz que "sua inclusão no direito medieval inglês simboliza o desfecho das refregas entre o trono e a nobreza a propósito dos privilégios feudais, que foram incentivando-se desde a invasão de Guilherme, o 'Conquistador', em princípios do Século XI, quando institucionalizaram-se as estruturas econômicas e os vínculos de vassalagem próprios do feudalismo. A partir daí, o fracionamento da utilização da terra e a acumulação da riqueza e poder em mãos do baronato normando fizeram aguçar os ímpetos de resistência ao arbítrio real, até desaguarem, com a *Great Charter,* nesse estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes naquela quadra medieval em que a posse e a exploração da terra constituíam o sinal da própria cidadania embrionária e as fronteiras muito tênues entre o domínio público e o privado".[29]

Merece destaque que com o caso Marbury x Madison em 1803 inferiu-se o princípio da supremacia da Constituição e o controle dos atos legislativos pelo Judiciário, fazendo com que a Constituição Federal de 1787 passasse a ser, como modelo clássico, o paradigma de um constitucionalismo moderno.

Ademais disso, é digno de nota que o devido processo legal divide-se em duas concepções: o *procedural due process* e o *substantive due process*. O primeiro, tem caráter estritamente processual, dando poderes ao judiciário para controlar os atos legislativos quanto aos aspectos de justiça ou arbitrários (inicialmente adotada no processo penal, e depois, no processo civil e administrativo). O segundo, com a ascensão do poder judiciário no sistema de poderes estadunidense, permitiu-se um amplo exame do mérito dos atos estatais, com a redefinição de discricionariedade.[30]

Ao longo dos tempos, houve uma alternância dessas duas formulações do princípio do devido processo legal na jurisprudência da Suprema Corte Americana.

A primeira fase, logo após a Emenda Constitucional n. 14, em 21 de julho de 1868, adotava-se esse princípio no controle de garantias processuais, sem adentrar no controle do eventual arbítrio do legislador.

No final do século XIX até o período do *New Deal* (1930), já em uma segunda etapa, prevaleceu o substantive *due process* (mérito), em reação ao forte intervencionismo estatal na ordem econômica. A Suprema Corte fez-se

---

[28] *Filosofia Processual...*, pp. 84-85

[29] Op. cit. p. 16

[30] Cf. BARROSO, op. cit.

interprete do pensamento liberal quanto à menor interferência possível do Poder Público.

Na terceira fase, tem-se como marco a reeleição de Roosevelt, em 1936, no ponto mais alto do conflito entre as poderes executivo e judiciário. A Suprema Corte julgou inconstitucional várias leis sociais e econômicas, de interesse da Administração Pública na recuperação do país. Nessa fase a Suprema Corte deixou de examinar o mérito dos atos executivos de cunho econômico, retornando ao *procedural due process*.

A última fase, após o curto espaço de tempo em que houve um recuo do Poder Judiciário, a Suprema Corte voltou a sindicar, não obstante de forma mais cautelosa, a legitimidade dos atos legislativos no que tange à liberdade dos norte-americanos.

Hodiernamente, os juízes podem sindicar a proporcionalidade dos atos estatais visando controlar o arbítrio do legislador e do administrador. Na verdade, essa garantia do devido processo legal alberga as mais variadas formas de proteção de direito, mutável diante das várias facetas do arbítrio.

2.1. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

É assinalável que para uns o princípio da proporcionalidade está imbricado à própria idéia de razoabilidade, enquanto desdobramento da exigência normativa inserida na cláusula do devido processo legal, entre nós positivada no inciso LIV do artigo 5° da Constituição Federal de 1988, ao passo que outros circunscrevem a fonte do referido princípio na própria cláusula constitucional do Estado Democrático de Direito.

É fato que o princípio da proporcionalidade tem sido freqüentemente utilizado em nossos tribunais vinculado ao princípio da razoabilidade estadunidense, fazendo com que haja no direito pátrio uma certa hesitação doutrinária na identificação do berço normativo do princípio da proporcionalidade. [31]

[31] A propósito da repercussão jurisprudencial do princípio da proporcionalidade, pode-se mencionar, a título de mera ilustração, dentre tantos outros, o acórdão proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN n.º 855 - (PR), de que foi Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, que considerou lei do Estado do Pará violadora dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cuja ementa enuncia: *"Gás liqüefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25 §2º, e 238, além de* ***violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos****: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida*".

Some-se a isto, como bem adverte Humberto Bergmann Ávila, que a utilização do princípio da proporcionalidade nem sempre possui o mesmo significado, não apenas porque ele é tratado como sinônimo da exigência de razoabilidade, mas porque ele: significa a exigência de racionalidade na decisão judicial; limita a violação de um direito fundamental; limita a pena à circunstância agravante ou necessidade de observância das prescrições legais; proibi o excesso da lei relativamente ao seu fim; e é sinônimo de equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa.[32]

Para esse Autor, mesmo nesses casos a fundamentação do princípio da proporcionalidade não estabelece critérios de delimitação da relação meio-fim – absolutamente essencial à aplicação da proporcionalidade -, bem como deixa obscuro o seu fundamento de validade. Assim, "a fundamentação das decisões em vez de ser clara e congruente, termina sendo ambígua".[33]

Canotilho insere tanto a proporcionalidade como a razoabilidade no princípio da proibição do excesso. Para ele o princípio da proporcionalidade dizia inicialmente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual, enquanto que a razoabilidade (*rule of reasonableness*), desde cedo começou a influenciar a jurisprudência dos países de *Common Law*.[34]

Entre nós, a Professora Suzana de Toledo Barros, da Universidade de Brasília, em alentado trabalho monográfico, associa o princípio da proporcionalidade ao postulado da razoabilidade ao sustentar que a proporcionalidade envolve considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. Vale dizer: o princípio da proporcionalidade, como sendo uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade estadunidense, desenvolvido mais de meio século antes sob o clima de maior liberdade do poder judiciário na criação do direito.[35]

Ainda segundo os ensinamentos da mesma doutrinadora: "O princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada".[36]

E, ao discorrer sobre as variantes terminológicas utilizadas para traduzir a idéia de proporcionalidade ou de razoabilidade, a ilustre publicista anota que ambas as expressões têm sido indistintamente invocadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando quer expressar a exigência de que a causa

---

[32] Op. cit. pp.152-153.

[33] Idem.

[34] Op. cit. pp. 265-266.

[35] Op. cit. p. 57.

[36] Idem, p. 83

do pedido ou do próprio recurso esteja articulada com o fim pleiteado, em uma relação, portanto, lógica, e em harmonia com a ordem jurídica vigente.[37]

Roberto Rosas, da Universidade de Brasília, entende que pode se subsumir a proporcionalidade como elemento da razoabilidade.[38]

Celso Antonio Bandeira de Mello é categórico ao configurar a proporcionalidade como sendo uma faceta do princípio da razoabilidade, sustentando que tem direito a um "destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surdir e entremostrar-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato".[39]

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em idêntico posicionamento, denota que "compreendida na razoabilidade está a proporcionalidade, exigente do equilíbrio justo entre os meios empregados, ainda que legais, e os fins públicos a serem alcançados, e que tanto pode ser tomada como um princípio autônomo, como considerada como um tipo de razoabilidade".[40]

Em sentido contrário, Willis Santiago Guerra Filho, com arrimo em Larenz, denota que não se mostra necessário, nem mesmo correto, procurar derivar o princípio da proporcionalidade de um outro princípio qualquer, como o Estado de Direito ou da legalidade.[41] Para o ilustre doutrinador, as diferenças entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade decorrem da origem diversa, sendo o primeiro de origem germânica, e o segundo anglo-saxônica,[42] "ao que parece por influência Argentina 'princípio da razoabilidade', quando na própria tradição britânica se fala em 'princípio da *irrazoabilidade*'".[43]

Nessa mesma linha de raciocínio, Luiz Vergílio Afonso da Silva, ao sustentar a diferenciação entre a razoabilidade e proporcionalidade, aduz que "a regra da proporcionalidade (...) diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura. (...) A não-identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do *Human Rights Act* de 1998 na Inglaterra. Somente a partir daí

---

[37] Idem, p. 70

[38] ROSAS, Roberto. Devido Processo Legal: Proporcionalidade e Razoabilidade. **Revista dos Tribunais**, v. 783, jan.2001, p. 11-15.

[39] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. ***Curso de Direito Administrativo.*** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.93-94.

[40] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98.

[41] **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, pp. 83-84.

[42] **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 25 ss.

[43] Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. (Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.) São Paulo: Malheiros, 2001, p. 283).

passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra".[44]

Humberto Ávila também entende que o dever de proporcionalidade não se identifica com o dever de razoabilidade. Em defesa desse pensamento argumenta que a proporcionalidade se refere à correlação entre dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, em que se perquiri se a medida adotada é adequada para atingir o fim constitucionalmente instituído (relação meio x fim). Ademais disso, se busca saber se a medida é necessária enquanto não substituível por outro meio igualmente eficaz e menos restritivo do bem jurídico envolvido (relação meio x meio) e se a medida é desproporcional em relação ao fim a ser atingido (relação meio x fim).[45]

Para esse jurista, trata-se de exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos. Por outro lado, a razoabilidade se aplica na situação pessoal do sujeito envolvido. A aplicação ultrapassa a relação meio-fim, então considerada constitucional. É a hipótese de iniqüidade da aplicação de uma norma geral a um caso individual (proibição de excesso no caso concreto). A medida não é inconstitucional por causa da limitação advinda da ponderação entre princípios, mas, sobretudo, devido à concreta aplicação a determinado sujeito. A condição pessoal e individual deve ser levada em conta.[46]

2.2. LINHAS EVOLUTIVAS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina não discorda quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade inicialmente na seara do Direito Administrativo, vindo a migrar para o Direito Constitucional quando da implantação dos Estados Modernos.

Na verdade, a Alemanha foi o país que mais aprofundou o estudo acerca da proporcionalidade.[47] "O nacional-socialismo transformou a Alemanha em

---

[44] Op. cit. p. 29.

[45] Op. cit. p.173

[46] Idem.

[47] Willis Santiago Guerra Filho, discorrendo sobre as linhas evolutivas gerais do princípio da proporcionalidade na doutrina alemã pós II Guerra Mundial, de onde se projetou para outros sistemas jurídicos, observa que: *"Em 1955, aparece então a primeira monografia dedicada exclusivamente ao seu estudo, devida a RUPPRECHT V. KRAUSS, 'Der Grundsatz der Verhältnissmäßigkeit (in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht)', onde já se fez notar a preocupação terminológica, visando distinguir aspectos diversos da proporcionalidade, sendo ele o primeiro a empregar a expressão 'princípio da proporcionalidade' com a qualificação extra 'em sentido estrito'. Nota-se, também, a intenção do autor de associar o princípio ao estabelecimento do Estado de Direito e estender ao legislador a vinculação a ele. No ano seguinte, aparece no 'Arquivo de Direito Público' (Archiv für öffentliches Recht) o influente ensaio de DÜRIG (1956, p. 117 s., esp. 133 s.), em que defende a tese de haver um sistema de valores imanente à Lei Fundamental alemã ocidental, cuja justificação última é fornecida pela imposição de respeito à dignidade humana, estabelecida logo na primeira frase do Art. 1°. Seria por intermédio dela que se incluiria o*

comunidade rácica e corrompeu a Constituição de Weimar, levando à ditadura do Führer, que legou ao povo alemão a dolorosa experiência da Segunda Grande Guerra, mostrando que a positivação de um bem elaborado catálogo de direitos não é suficiente para amparar esses mesmos direitos".[48]

Com o fim daquela fase ditatorial, foi promulgada a lei fundamental de 1949 (a Constituição de Bonn), com forte tendência jusnaturalista, voltada à dignidade da pessoa humana, balizadora do poder estatal. Essa Carta expressamente tutelou os direitos fundamentais, tidos como sendo de caráter vinculante para o exercício do poder estatal, fazendo com que o Tribunal Constitucional alemão aplicasse, na prática, essas premissas constitucionais, controlando os poderes do Estado sob os aspectos da necessidade, adequação e proporcionalidade[49].

Por essa transformação das leis fundamentais o legislador deixou de ser soberano absoluto, cabendo ao juiz a competência para examinar e controlar a aplicação das normas. Nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes: "no Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade

---

princípio de proporcionalidade no plano constitucional, para ser observado em qualquer medida do Estado, pois é uma degradação da pessoa a objeto, se ela for importunada pelo emprego de meios mais rigorosos do que exige a consecução do fim de bem-estar da comunidade. Um terceiro momento importante representa a obra de PETER LERCHE, de 1961, com o titulo 'Excesso e Direito Constitucional — sobre a vinculação do legislador pelos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade' (Übermass- und Verfassungsrecht — Zur Bindunq des Gesetzqebers an die Grundsätze der Verhältnissmäßigkeit und Erforderlichkeit), na qual fica definitivamente consagrada a distinção desses dois aspectos da proporcionalidade, bem como a denominação de 'princípio da exigibilidade' para distinguir da proporcionalidade em sentido estrito. Já ao gênero a que pertenceriam as duas espécies o autor sugere chamar 'Princípio da Proibição de Excesso', tendo o termo 'excesso' sido empregado nesse contexto já por W. JELLINEK, em obra publicada originalmente em (1913, 1964), sugestão essa que não mereceu acatamento generalizado, apesar das inúmeras adesões, inclusive em trabalhos recentes. A questão central de que se ocupou o trabalho, a tese de que o legislador estaria obrigado a observar aquele princípio em sua atividade de produção normativa, a época rebatida por autores como HANS PETERS e seu discípulo OTTMAR POHL, fica também definitivamente resolvida em sentido positivo, apesar da crítica que esse posicionamento juntamente com a conseqüente elevação do princípio ao nível constitucional, viria a sofrer da parte de um teórico da estatura de ERNST FORSTHOFF. A identificação de uma terceira manifestação da proporcionalidade, i. e., a exigibilidade, por parte da doutrina, se liga a alguns artigos, elaborados principalmente com base na jurisprudência constitucional: aqueles de MANFRED GENTZ, PETER WITTIG e EBERHARD GRABITZ. Nesses trabalhos merece também atenção especial o problema do controle da proporcionalidade de leis, atos administrativos e decisões judiciais, tema a que se dedica especificamente, de forma modelar, HANS SCHNEIDER, em ensaio de 1976, publicado em volume homenageando os 25 anos de existência do ***Bundesverfassungsgericht****, onde novamente se verifica a busca de apoio nas decisões dessa corte maior como recurso principal para a formação do entendimento do autor".* (*Processo...,* p. 72).

[48] BARROS, op. cit. p.45.

[49] A primeira vez que o Tribunal Constitucional Federal se referiu expressamente ao princípio da proporcionalidade foi em 1971, em um caso que envolvia armazenagem de petróleo. Eis o teor da decisão: *"O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental"*. BONAVIDES, op. cit, p. 372.

(*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais".[50]

É digno de nota que a aplicação desse princípio se espraiou pela Europa continental. A Espanha, por exemplo, ainda no período da ditadura do General Franco (1936 a 1975) positivou o princípio da proporcionalidade na lei de procedimento administrativo de 1958.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1978, pós período ditatorial, foi criada a Corte Constitucional com amplo sistema de proteção dos direitos fundamentais. Considerando-se que a Constituição Federal não previu expressamente o princípio da proporcionalidade, a Espanha elevou o princípio da proporcionalidade à categoria de princípio geral de direito, pois a doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que é passível de exame judicial o ato estatal desnecessário, inadequado ou desproporcional.[51]

Portugal também viveu longo período da ditadura Salazar até 1974. A Constituição Federal de 1976, promulgada após a Revolução dos Cravos, sofreu influência da Constituição alemã do pós-guerra. Previu o princípio da proporcionalidade ao dispor que "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (art. 18).

2.3. OS SUB-PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE

Os sub-princípios que informam o conteúdo do princípio da proporcionalidade são o da adequação (*Geeignetheit)*, necessidade ou exigibilidade (*Erforderlichkeit)* e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit)*. O primeiro deles (adequação) significa que "a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim".[52]

O sub-princípio da necessidade ou exigibilidade, corresponde à medida que não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se pretenda alcançar, vale dizer: a medida só pode ser admitida quando for

[50] **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1990, p. 43

[51] Cf. BONAVIDES, op. cit. p. 380.

[52] CANOTILHO, op. cit. p. 383.

necessária, sendo associada à busca do "meio mais suave"[53] e ao "direito à menor desvantagem possível".[54]

O sub-princípio da proporcionalidade em sentido restrito está relacionado à constatação de que o resultado obtido com o ato estatal é proporcional à "carga coactiva"[55], ou seja, "importa na correspondência (*Angemessenheit*) entre meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com o sopesamento (*Abwägung*) de sua recíproca apropriação, colocando, de um lado, o interesse do bem-estar da comunidade e, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar o beneficiamento demasiado de um em detrimento do outro".[56]

CONCLUSÃO

Resta concluir, por todo o exposto, que o princípio da proporcionalidade completa o princípio da reserva legal, que, por si só, não é suficiente para evitar a prática de atos excessivamente ou desnecessariamente restritivos de direito.

Malgrado as discussões doutrinárias acerca da pureza de identidade do princípio da proporcionalidade, é fato que o mesmo é hoje assumido como um princípio de controle exercido pelos tribunais quanto à adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos), a prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos fundamentais em conflito.

Nesse sentido, só será constitucional, à luz do princípio da proporcionalidade, o ato que, sucessivamente, seja adequado, necessário e proporcional. Vale dizer, atenderá o princípio da proporcionalidade o ato que não desafie as noções mínimas de racionalidade e razoabilidade admitidas pelo sistema social.

É, com efeito, um terreno fértil para a aferição e observância da necessária exigência de congruência nas relações jurídicas e ponderação dos princípios antinômicos envolvidos no caso concreto.

BIBILIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.217:I-VI, p67-79, jul./set.1999.

---

[53] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito: Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 88.

[54] CANOTILHO, op. cit., p. 268.

[55] Idem, p. 269.

[56] GUERRA FILHO, *A Filosofia…*, pp. 88-89.

_____ Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____ Teoria de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico. RDA 223/199.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, 215.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 2.ed. Brasília: Brasilia Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 23 abr/jun, 1998, pp. 65-78.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2.ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A Filosofia do Direito: Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____ Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____ Ensaios de Teoria Constitucional. Fortaleza: Imprensa da Universidade Federal do Ceará, 1989.

_____ Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. (Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.) São Paulo: Malheiros, 2001.

_____ Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

_____ Teoria Processual da Constituição. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

LARENZ, Karl. Metodologia na ciência do direito. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSAS, Roberto. Devido Processo Legal: Proporcionalidade e Razoabilidade. Revista dos Tribunais, v. 783, jan.2001, p. 11-15.

SANDULLI, Aldo. La Proporzionalità dell'Azione Amministrativa. Padova: Ed. CEDAM, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, v. 798, abr.2002, p.23-50.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Rio de Janeiro, Revista Forense, v.349, mar., 2000, pp. 29-41.

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

TÁCITO, Caio. A Razoabilidade das Leis. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, 204/1.

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

GUERRA, Sérgio. O Princípio da Proporcionalidade na Pós-Modernidade. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível.