Instituto Brasileiro de Direito Público

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

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 33 – janeiro/fevereiro/março de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: ALGUMAS REFLEXÕES

Renato Braz Mehanna Khamis
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Professor da Universidade Santa Cecília de Santos. Professor Universidade Católica de Santos.

I. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais muito se tem falado a respeito do tema proporcionalidade no direito brasileiro contemporâneo. Entre os debatedores deste tema destacam-se especialmente os constitucionalistas, cujos estudos mais recentes tem se debruçado cada vez mais e de forma aprofundada sobre o tema.

A proporcionalidade, que para uns é princípio, para outros é regra ou ainda postulado, vem sendo invocada quase que indistintamente pelos juristas e pelos tribunais brasileiros, nas mais diversas acepções e nos mais distintos contextos.

Em que pese sua natureza jurídica esteja longe de um conceito uníssono, parece que a proporcionalidade foi aceita por quase todos os juristas e operadores do direito[1] como uma norma jurídica universalmente válida. É justamente essa unanimidade que nos preocupa! De um lado a grande maioria dos aplicadores do direito se vale da proporcionalidade como sendo uma norma jurídica oriunda do direito positivo. De outro, os juristas que estudam a proporcionalidade divergem sobre vários pontos, mas todos iniciam seus estudos partindo da premissa de que a proporcionalidade é uma norma jurídica dada pelo ordenamento, sem nunca questioná-la.

Isso posto, vamos analisar algumas das posições e questões a cerca da proporcionalidade, sem a pretensão de esgotar o tema, de forma a fomentar algumas reflexões que podem eventualmente levar o jurista e o operador do direito a refletir sobre o modo como vêm abordando o assunto.

[1] Temos o cuidado de diferenciar os juristas, isto é, os cientistas, os estudiosos do direito, dos operadores do direito, ou seja, daqueles que fazem política judiciária.

II. ORIGEM

No que tange a origem da proporcionalidade, também não existe consenso doutrinário. Veja que alguns autores advogam que este instituto jurídico seria o produto da conjugação de idéias vindas do direito anglo-saxão, mais especificamente norte-americano, e do direito romano germânico, no caso do direito alemão. Dentre estes autores destaca-se Luís Roberto Barroso, que assim pontua:

"O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados a garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato sua matriz remonta à cláusula law of the land, inscrita na Magna Charta, de 1215, documento que reconhecido como um dos grande antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo deu-se através das Emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana, a partir de onde se irradiou como um dos mais ricos fundamentos da jurisprudência da Suprema Corte." [2]

Além disso Luís Roberto Barroso pontua que, num primeiro momento, a cláusula do devido processo legal possuía caráter exclusivamente processual (*procedural due process*), com foco na ampla defesa, mas que, num segundo, ela passou a possuir também caráter substantivo (*substantive due process*), transformando-a num importante instrumento de defesa dos direitos humanos. E prossegue:

"Como visto, a razoabilidade surge, nos Estados Unidos, como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o judicial review (controle de constitucionalidade). Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. É natural que lá não tenha surgido como um princípio constitucional de controle da legislação. É que até a segunda metade do século XX, como visto, vigorava na Europa continental a idéia de que a soberania popular se exercia por via da supremacia do Parlamento, sendo o poder do legislador juridicamente ilimitado. Como conseqüência, não era possível conceber o princípio da proporcionalidade como fundamento de controle judicial de atuação do Parlamento, mas apenas dos atos administrativos. Somente após a Lei Fundamental de 1949 esse quadro se alterou.

"A partir de então, a idéia de proporcionalidade passou a ter fundamento constitucional, colhido no princípio do Estado de direito, convertendo-se o princípio da reserva legal em princípio da reserva de lei proporcional".[3]

Como se percebe o autor em apreço atribui à razoabilidade e à proporcionalidade conceitos idênticos, cujos fatores diferenciais essenciais são a nomenclatura, a origem histórica e a base constitucional que os fundamenta - no primeiro caso o princípio do devido processo legal substantivo, e no segundo o princípio do Estado de direito.

De outro lado, Willis Santiago Guerra Filho se opõe a posição adotada acima, ponderando que a proporcionalidade e a razoabilidade são coisas totalmente distintas, e discorda, inclusive, da origem atribuída. Ele assim se posiciona:

"Que nossas palavras finais, então, se dirijam aos que, 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-saxônica,

[2] Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. p. 256.
[3] Ibid. p. 256-257.

aqui denominado, ao que parece por influência argentina, 'princípio da razoabilidade', quando na própria tradição britânica se fala em 'princípio da irrazoabilidade'. O emprego do princípio da proporcionalidade, como aqui se procurou evidenciar, não se destina a evitar que absurdos sejam perpetrados na elaboração do Direito, mas sim que este seja interpretado e aplicado atendendo a um princípio de racionalidade, apto a determinar qual a melhor dentre as diversas interpretações possíveis, do ponto de vista da promoção simultânea e equânime do Estado de Direito e da Democracia, com a gama de direitos fundamentais e valores que lhes são inerentes, sendo esse mesmo compromisso com a racionalidade o principal de toda teoria, também no campo do Direito".[4]

Paulo Bonavides, por sua vez, afirma que a proporcionalidade é um princípio antiqüíssimo, mas que foi redescoberto apenas nos últimos duzentos anos, e que tem aplicação clássica no Direito Administrativo. Pontua o autor que o grande marco deste princípio ocorreu no fim do século XX, que foi sua aplicação no domínio do Direito Constitucional, o que configurou segundo ele uma revolução.

De acordo com Paulo Bonavides o conteúdo e o alcance da proporcionalidade está amarrado a duas concepções históricas de Estado de Direito. Vejamos nas suas próprias palavras:

"Ocorre, porém, que o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica".[5]

Interessante notar que, no tocante a unidade terminológica, o autor pondera que nem na própria Alemanha este objetivo é alcançado:

"As dificuldades terminológicas ainda afligem o princípio da proporcionalidade: nem todos os autores que se ocupam da matéria chegaram a um nível de acordo apto a afastar dúvidas e controvérsias acerca da expressões de uso corrente, tanto na doutrina como na jurisprudência. Haja vista a esse respeito os alemães que em primeiro lugar criticam a carência de unidade de sistematização de sua Corte Constitucional quando enfrenta o problema da designação daquele princípio".[6]

Sinteticamente, estes são alguns dos principais posicionamentos acerca da origem da proporcionalidade difundidos no direito brasileiro.

III. AMPLITUDE

No que tange à amplitude da proporcionalidade a questão passa necessariamente pela sua tipificação normativa. Afinal, a amplitude de uma norma se mede levando em conta o seu texto e a sua natureza jurídica.

Dizemos isso porque para se definir a amplitude de uma determinada norma é preciso primeiramente analisar o texto do qual ela é abstraída (expressa ou implicitamente), e em seguida averiguar sua natureza jurídica (se regra, se princípio,

[4] Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. p. 283.
[5] Curso de direito constitucional, 13ª ed. p. 398.
[6] Ibid., p. 402-403.

etc.), pois tanto o texto quanto a natureza jurídica são elementos qualificadores da sua extensão. Isto é, são eles que impõe os limites da norma e, portanto, definem sua amplitude.

III.i. Texto

Falamos em texto da norma, pois nos dias atuais é praticamente assente o entendimento de que texto e norma são coisas distintas. O primeiro é o texto seco da lei[7], os signos grafados com as letras do alfabeto que compõe a língua portuguesa (no caso brasileiro), enquanto a segunda é o resultado da confrontação entre o texto e a realidade que pretende normatizar. Neste sentido aponta a lição de Celso Ribeiro Bastos:

"Parece serem dois os níveis a serem discriminados. Num primeiro, situado no campo teórico, encontramos o texto seco da lei, que abarca um número indefinível de situações fáticas. Aqui poucas serão as dúvidas existentes. O texto assim posto vige, revogando as normas que lhe forem contrárias, e desde que se apresente de acordo com a norma jurídica que lhe dá suporte e validade, tudo em consonância com as regras e princípios constitucionais.

"Num segundo momento, há que se enfrentar o caso concreto, a fim de pô-lo em confronto com as normas jurídicas. Surgem assim as dúvidas interpretativas daquela regra abstrata em face do caso real, ou seja, se e como ela deverá ser aplicada. Além destas incertezas, temos as já referidas indagações decorrentes da própria linguagem legal, bem como da má utilização desta, também já acima referida".[8]

Em sentido semelhante encontramos lapidar afirmação de Eros Roberto Grau:

"A interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas; é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições (Zagrebelsky 1990/68 e ss. e Grau 1995/5-7, 1997a/55 e ss. e 1998/65 e ss.). Por isso as normas resultam da interpretação do intérprete."[9]

Isso posto, a norma proporcionalidade deve provir de um texto de lei, isto é, de um enunciado normativo, seja expressamente, seja implicitamente.

Contudo, qual é o texto do qual se origina a proporcionalidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro?

No direito positivo pátrio é possível encontrar algumas menções expressas à proporcionalidade na Constituição da República e em algumas leis. A Constituição, por exemplo, aduz em seu artigo 58, § 4°[10] à proporcionalidade da representação partidária na comissão representativa do Congresso Nacional durante o recesso, e em seu artigo 155, § 4°, inciso II[11] se refere à proporcionalidade na arrecadação de tributos decorrentes de operações interestaduais. Note-se que a Constituição não

---

[7] Aqui nos referimos à lei em sentido amplo, podendo se referir à Constituição, às leis em sentido estrito, às portarias, às resoluções, aos contratos, etc.
[8] Hermenêutica e interpretação constitucional, 3ª ed. p. 44-45.
[9] O direito posto e o direito pressuposto, 5ª ed. p. 39.
[10] Art. 58 (...) § 4º - Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.
[11] Art. 155 (...) §4° (...) II - nas operações interestaduais, entre contribuintes, com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias;

trata da proporcionalidade expressamente como um princípio, mas sim que apresenta o vocábulo em alguns casos com estrito significado de proporção, semelhante aquele atribuído pela matemática.

Já a lei de processo administrativo federal (Lei n° 9.784/1999) estabelece em seu artigo 2°[12] que a administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (veja que ela trata os dois distintamente).

Por sua vez, o Código de Processo Penal faz referência a proporcionalidade em dois momentos. No seu artigo 438, § 2°[13] determina a fixação de pena alternativa ao serviço do júri por escusa de consciência atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Já no seu artigo 156, inciso I[14] admite que o juiz ordene a produção antecipada de provas urgentes e relevantes observando a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida.

Não obstante as menções expressas à proporcionalidade no direito positivo brasileiro, conforme mencionamos anteriormente os autores que defendem a proporcionalidade como proveniente de matriz romano-germânica, mais especificamente alemã, sustentam que sua matriz é a cláusula do Estado de direito, na qual ela está contida implicitamente. Referida cláusula existe também em nossa Constituição, no seu artigo 1°.[15]

De outro lado, há os que advogam que a proporcionalidade e a razoabilidade são a mesma coisa, sendo apenas a primeira oriunda da Alemanha e a segunda decorrente do direito anglo-saxão, mais especificamente norte-americano, e sustentam que as suas raízes se encontram no princípio do devido processo legal substantivo. Também este princípio encontra correlato na Constituição brasileira, no artigo 5°, inciso LIV.[16]

Em que pese os textos do ordenamento jurídico brasileiro aqui apresentados como possíveis fundamentos para a proporcionalidade, seja ela mencionada explicitamente ou abstraída implicitamente, é interessante mencionar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que apresenta outros dispositivos:

"Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os artigos 5°, II, e 84, IV. O fato de se ter de buscá-lo pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implícito em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele."[17]

Vê-se, pois, que diferentemente da maioria da doutrina o autor fundamenta a proporcionalidade nos artigos 37[18], 5°, II[19] e 84, IV[20] da Constituição brasileira.

---

[12] 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.
[13] Art. 438 (...)§ 2º O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade
[14] Art. 156 (...)I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
[15] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[16] Art. 5° (...)LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
[17] Curso de direito administrativo, 18ª ed. p. 102.
[18] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[19] Art. 5° (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
[20] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

III.ii. Natureza Jurídica

Outro ponto importante para o delineamento da amplitude da proporcionalidade é a aferição de sua natureza jurídica. Em outras palavras, é preciso definir que tipo de enunciado é a proporcionalidade, pois esta qualificação interfere na sua extensão. Isto porque abstração, generalidade, carga valorativa e grau de satisfação são alguns dos fatores correntes utilizados na diferenciação entre os princípios e as demais prescrições jurídicas.[21]

Importante salientar que ao tratarmos da natureza jurídica da proporcionalidade, deveremos, em alguns casos, analisar também a da razoabilidade, uma vez que há autores que entendem se tratar de um mesmo instituto, enquanto alguns acreditam estar diante de coisas distintas, porém relacionadas, e outros ainda as enxergam separadamente, mas sem vislumbrar qualquer relação entre elas.

No tocante a natureza jurídica da proporcionalidade Robert Alexy[22] a apresenta como uma máxima. Isto porque, dentro de sua teoria dos direitos fundamentais, o autor estabelece a existência de duas espécies do gênero norma que são as regras e o princípios. Contudo, ele apresenta a máxima da proporcionalidade como mecanismo de ponderação de princípios que deve ser utilizado nas hipóteses de colisão de normas desta espécie:

"*Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidade jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.*"[23]

Importante frisar que esta denominação máxima é apresentada em obra traduzida por Virgílio Afonso da Silva. Em outra obra do mesmo Robert Alexy, esta com tradução de Luís Afonso Heck, a proporcionalidade é enquadrada como princípio:

"No direito constitucional alemão, a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se por três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito."[24]

Virgilio Afonso da Silva, a pouco citado como tradutor para o português de uma das obras de Roberty Alexy, possui obra publicada sobre direitos fundamentais na qual aborda a questão da proporcionalidade. Segundo aponta, a proporcionalidade é uma regra, pois baseia-se na idéia de que o principal fator de distinção entre a regra e o princípio consiste no fato de que na primeira há garantia de direito ou imposição de dever definitivo, enquanto o segundo garante direito ou impõe dever *prima facie*:

---

[21] O critérios aqui apresentados são utilizados por diversos doutrinadores para caracterizar a diferença dos princípios para as demais prescrições jurídicas, fatores esses que afetam seu alcance se comparado às demais. Note-se que invocamos genericamente a expressão prescrições jurídicas, haja vista que há autores que defendem a existência de princípios e normas no plano do sistema jurídico (CUNHA, Sérgio Servulo da. Princípios constitucionais), enquanto outros adotam posicionamento no sentido de que regras e princípios são espécies do gênero norma (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais).

[22] Não obstante o enfoque deste trabalho seja estudar a proporcionalidade no direito brasileiro, não podemos nos furtar a apresentar a posição de Robert Alexy, autor alemão, haja vista ser ele a maior influência dos doutrinadores brasileiros sobre o tema. Temos que citá-lo, também, para esclarecer a existência de diferenças encontradas em diferentes obras suas traduzidas por pessoas distintas.

[23] Teoria dos direitos fundamentais, p. 117.

[24] Constitucionalismo discursivo. 2ª ed. p. 110.

"Princípio, nos termos deste trabalho, é uma norma que exige que algo seja realizado na maior ou menor medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A proporcionalidade, como será visto nos próximos tópicos, não segue esse raciocínio. Ao contrário, tem ela a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo."[25]

De outro plano Willis Santiago Guerra Filho é categórico ao afirmar que a proporcionalidade é o que ele chama de "princípio dos princípios", na medida em que, diante de um conflito entre princípios, ele determina a busca de uma "solução compromisso" para aquela situação concreta, na qual se busque prestigiar um dos princípios respeitando o mínimo do outro, isto é, sem ferir o seu núcleo essencial:

"A proporcionalidade na aplicação é o que permite a coexistência de princípios divergentes, podendo-se, mesmo, dizer que entre esses e ela, proporcionalidade, há uma relação de mútua implicação, já que os princípios fornecem os valores para serem sopesados, e sem isso eles não podem ser aplicados."[26]

Luís Roberto Barroso, como citado no inicio deste trabalho, entende que razoabilidade e proporcionalidade são princípios e que possuem o mesmo conteúdo jurídico, sendo fatores de diferenciação apenas a sua origem e o texto que os embasam. Isto posto, entende o autor tratar-se de conceitos intercambiáveis, não existindo proveito metodológico ou prático na sua distinção. Sobre sua natureza jurídica e forma de atuação ele assim preceitua:

"O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. (...) É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia."[27]

Também na linha da natureza jurídica principiológica da proporcionalidade temos a posição de Paulo Bonavides, para quem o princípio da proporcionalidade busca instituir uma relação entre meio e fim, confrontando o fim e fundamento de uma intervenção com os seus efeitos, possibilitando, assim, o controle dos excessos:

"Protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual".[28]

Celso Antônio Bandeira de Mello, em que pese atribua natureza jurídica de princípio à proporcionalidade, faz a diferenciação entre ela e a razoabilidade, à qual também inclui na categoria da espécie normativa princípio:

"Este princípio enuncia a idéia - singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas".[29]

---

[25] Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. p. 168.
[26] Op. Cit. p. 272.
[27] Interpretação e aplicação da Constituição, 5ª ed. p. 224.
[28] Op. Cit. p. 395.
[29] Op. Cit. p. 101.

E prossegue, agora no tocante a razoabilidade, também para ele um princípio:

"Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida"[30].

Rompendo com as linhas até aqui apresentadas, que na maioria das hipóteses apresentam a proporcionalidade como um princípio, Humberto Ávila trabalha com a existências de duas categorias de normas jurídicas: as de primeiro grau, dentre as quais encontram-se as regras e os princípios; e as de segundo grau, aonde encontram-se os postulados.

Os postulados a que o autor faz menção são condições essenciais a apreensão das normas jurídicas, objeto de estudo da ciência do direito. São, portanto, normas sobre normas, ou seja, metanormas. Elas, por sua vez, se dividem em duas espécies: os postulados hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do direito; e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar sua aplicação concreta.

Segundo Humberto Ávila, que diferencia proporcionalidade de razoabilidade, ambos não são regras nem princípios (normas de primeiro grau), mas sim postulados aplicativos (normas de segundo grau). Sobre a proporcionalidade assim se posiciona o autor:

"A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então - nas palavras de Hartmut Maurer - cai o exame da proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio".[31]

Prosseguindo, ele distingue a proporcionalidade da razoabilidade da seguinte maneira:

"A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

"Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade".[32]

Finalmente, Eros Roberto Grau apresenta posição muito próxima a de Humberto Ávila, adotando - ao menos num primeiro momento[33] - a separação entre proporcionalidade e razoabilidade apresentada por este, e atribuindo a elas a natureza jurídica de postulado, com a ressalva de tratar na mesma categoria de postulado normativo as características interpretativa e aplicativa:

"Proporcionalidade e razoabilidade são, destarte, postulados normativos da interpretação/aplicação do direito e não princípios. Deveriam prestar-se unicamente a informar a formulação da norma de decisão, no momento da aplicação do direito -

---

[ar] Ibid. p. 99.
[31] Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 8 ª ed. p. 162.
[32] Ibid. p. 159.
[33] Dizemos aqui num primeiro momento, pois, mais a frente, na mesma obra, após adotar a posição de que proporcionalidade e razoabilidade são postulados normativos como proposto por Humberto Ávila, o autor afirma que a proporcionalidade nada mais do que um novo nome dado à eqüidade: "O que pretendo singelamente afirmar, inspirado em Neumann, é que a proporcionalidade não passa de um novo nome dado à eqüidade". (Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5ª ed. p. 193)

o que afirmo, sem negar, contudo, que interpretação e aplicação do direito não se realizam autonomamente, como observei no item 16 - embora os juízes delas abusem para justificar a transgreção do sistema".[34]

Vê-se, portanto, que no tocante a natureza jurídica da proporcionalidade a doutrina nacional está longe de um consenso, sendo até o momento mais difunda a posição que afirma se tratar de um princípio jurídico.

IV. ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE

Dentre aqueles que se debruçam sobre a proporcionalidade é assente o entendimento de que a sua aplicação depende de três fatores. Estes fatores são encontrados na própria teoria precursora da proporcionalidade de Robert Alexy, tendo sido traduzidos por uns como princípios[35] e por outros como máximas.[36]

Normalmente esses três elementos da proporcionalidade são denominados adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[37]. Contudo, é possível encontrar denominações distintas, tais como idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito[38] ou ainda razoabilidade interna, razoabilidade externa e proporcionalidade em sentido estrito[39], dentre outros.

Em que pese a existência de alguma divergência quanto ao conteúdo de cada um deles, Robert Alexy explica que a adequação consiste em excluir "*o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir*".[40]

Já a necessidade "*pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem P1, escolher aquele que menos intensamente intervém em P2*".[41]

Finalmente, afirma o mencionado autor que "*a ponderação é objeto do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, do princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Esse princípio diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas*".[42]

Apesar das divergências quanto a nomenclatura e a extensão do seu conteúdo os estudiosos do tema defendem que sempre que aplicada a proporcionalidade devem ser realizadas as análises da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Contudo, não raras vezes o Supremo Tribunal Federal invoca a proporcionalidade e a utiliza sem a abordagem sistemática das três etapas apresentadas. Tanto é assim que Virgílio Afonso da Silva desabafa:

"*O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da*

[34] Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5ª ed. p. 191-192.
[35] Tradução de Luís Afonso Heck.
[36] Tradução de Virgílio Afonso da Silva.
[37] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p. 116-117
[38] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. p. 110.
[39] BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 226 ss.
[40] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. p. 110.
[41] Ibid. p. 110
[42] Ibid. p. 111

proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula 'à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional'".[43]

Em que pese existam casos em que o Supremo Tribunal Federal se vale dessas três etapas[44], assiste razão a Virgílio Afonso da Silva, pois na grande maioria das vezes esta corte se utiliza da proporcionalidade como um topos argumentativo.[45]

Veja-se, por exemplo, o HC 76.060-4, também mencionado pelo autor supracitado. Neste caso o Supremo Tribunal Federal julgando a (in)constitucionalidade da coercibilidade da realização de exame de DNA por pretenso pai que se nega a fazê-lo vislumbrou a existência de colisão entre de direitos fundamentais, o que culminou na aplicação do princípio da proporcionalidade da seguinte forma:

"*O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.*"[46]

Como se vê a proporcionalidade foi simplesmente "jogada" (junto com a razoabilidade) na argumentação como premissa argumentativa justificadora da posição adotada no voto. Daí o porque ser possível dizer que ela foi utilizada como um topos argumentativo.

Hipótese semelhante ocorreu no RE 414.426 - SC. Nesta decisão o Supremo Tribunal Federal analisava a (in)constitucionalidade da exigência de inscrição dos músicos em órgão de classe, bem como da regulação estatal desta atividade. Aqui a corte mencionou expressamente que casos como este devem ser solucionados à luz da proporcionalidade (e da razoabilidade):

"*Este expediente se impõe em qualquer Estado de Direito Democrático, servindo a razoabilidade e a proporcionalidade como critérios para a análise da viabilidade de eventuais restrições aos direitos fundamentais*." [47]

---

[43] O proporcional e o razoável. p. 32

[44] Vide o voto do Min. Gilmar Mendes no HC 104410 de 2012: "*Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada 13. O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção*". (HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012)

[45] Sinteticamente podemos pontuar a tópica como uma técnica argumentativa criada por Aristóteles (Grécia) e desenvolvida por Cícero (Roma) que se baseia no estabelecimento de "lugares comuns" argumentativos, ou seja, de premissas aceitas comumente pelos interlocutores, as quais servem de justificativa para as conclusões apresentadas pelo argumentador.

[46] HC 76060, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 31/03/1998, DJ 15-05-1998 PP-00044 EMENT VOL-01910-01 PP-00130.

[47] (RE 414426, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011, DJe-194 DIVULG 07-10-2011 PUBLIC 10-10-2011 EMENT VOL-02604-01 PP-00076)

Contudo, após esse "argumento inicial" em nenhum outro momento o voto faz menção novamente a proporcionalidade, e por óbvio também não analisa adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

V. ALGUNS QUESTIONAMENTOS

Em que pese a festa feita pela doutrina com o advento da proporcionalidade, em especial tendo em vista os valorosos nomes que a cultuam, por uma questão de fidelidade intelectual somos levados a fazer alguns questionamentos.

i) Pretensão de objetividade

É comum encontrar no discurso dos defensores da proporcionalidade a idéia de objetividade - oposta a de subjetividade - como sendo uma qualidade da proporcionalidade. Em outras palavras, a proporcionalidade seria uma espécie de fórmula jurídico-matemática capaz de apresentar resultados objetivos sempre que aplicada a um mesmo caso de colisão entre direitos fundamentais, opondo-se, pois, à subjetividade das decisões judiciais.

Entretanto, um caso de colisão de direitos fundamentais sempre nos chamou a atenção. Trata-se daquele narrado na ADI 855-2.

No caso em apreço o Governo do Estado do Paraná criou a Lei Estadual n° 10.248/93, a qual determinava que os botijões de gás fossem pesados na frente do consumidor, afim de verificar se o valor cobrado era condizente com o peso do botijão vendido. Desta forma eventuais variações no peso do botijão acarretariam uma cobrança mais justa, podendo alterar o preço para mais ou para menos, de acordo com o peso constatado no botijão.

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal. Após concessão de medida liminar para suspender a aplicabilidade da referida lei (voto condutor do Min. Octavio Gallotti), quando do julgamento de mérito o Min. Gilmar Mendes foi categórico ao afirmar que, enquadrando a decisão da medida liminar no contexto da proporcionalidade, o próprio tribunal "*assentou a inadequação da medida e ainda colocou em dúvida sua necessidade*".

Após um interessante debate sobre a proporcionalidade realizado pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau o tribunal entendeu ser inconstitucional a lei paranaense por violação ao princípio da proporcionalidade (conforme consta na ementa[48]).

Em que pese o julgamento do Supremo Tribunal Federal tenha decretado a inconstitucionalidade da lei à luz da proporcionalidade, Virgilio Afonso da Silva re-analisou o caso também com base na proporcionalidade[49], mas chegou a conclusão distinta. Durante sua análise concluiu que a medida era adequada, pois fomentava a realização dos fins visados, ou seja, a medida empregada promoveria a defesa do consumidor. Em seguida entendeu que a medida era necessária uma vez que a

[48] EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente. (ADI 855, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-01 PP-00108)

[49] O proporcional e o razoável. p. 38 ss.

medida alternativa, qual seja, o controle dos botijões por amostragem, não era mais eficiente para a defesa do consumidor do que a pesagem dos botijões em frente ao consumidor. Finalmente, realizou um sopesamento entre a intensidade do direito fundamental atingido (livre iniciativa) e a importância da realização do direito fundamental com ele colidente (defesa do consumidor) e concluiu, contrariamente ao Supremo Tribunal Federal, que a proteção do direito do consumidor possuía "peso" suficiente para restringir "levemente" a livre iniciativa.
Como se percebe, usando a mesma ferramenta em caso idêntico o Supremo Tribunal Federal (seguindo orientação do Min. Gilmar Mendes) e Virgílio Afonso da Silva chegaram a resultados contraditórios. Isto posto, resta a indagação: será mesmo que proporcionalidade tem o condão de afastar a subjetividade das decisões atinentes à colisão de direitos fundamentais?

ii) Fundamento da inconstitucionalidade

Em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal nos deparamos com a proporcionalidade sendo utilizada como fundamento da declaração de inconstitucionalidade.
Analisando o HC 104410 podemos encontrar a seguinte afirmação: "*Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional*". Em outras palavras, o fundamento da inconstitucionalidade é a afronta a proporcionalidade.
No RE 511961 encontramos o seguinte:
"*A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*".
O que se vê aqui, assim como no exemplo anterior, é a discussão a respeito da proporcionalidade da restrição legal como fundamento da inconstitucionalidade.
Assim como os dois casos aqui apresentados, outros tantos existem em que o fundamento da inconstitucionalidade repousa na proporcionalidade. Em outras palavras: a falta de proporcionalidade é o "porquê" da inconstitucionalidade.
Note-se que não estamos falando em proporção no sentido matemático, como é possível encontrar em questões de punições criminais ou administrativas. Estamos diante de hipóteses de colisão de direitos fundamentais.
Em que pese a posição assente na jurisprudência e na doutrina, entendemos ser cabível uma indagação: nos casos de colisão de direitos fundamentais a proporcionalidade é o "como" ou o "porquê" da inconstitucionalidade?
Se ela é o "como" significa que o motivo da inconstitucionalidade é a afronta a uma norma constitucional garantidora de direito fundamental, e que a proporcionalidade é apenas um instrumento apto a fundamentar a afronta ocorrida e a escolher qual o direito prevalente em caso de colisão. Se ela é o "porquê" quer dizer que a própria proporcionalidade é o fundamento da inconstitucionalidade, isto é, é ela a norma constitucional ofendida.

Nesse sentido vale ilustrar o debate que mencionamos anteriormente entre os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau durante o julgamento da ADI 855-2. Durante o julgamento o primeiro afirmou o seguinte:

"(...) *não há cogitar de reserva legal, senão de reserva legal proporcional. Temos, sim, de verificar se a lei não esvazia o conteúdo dos direitos fundamentais, e, nesse sentido, temos de examinar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito*".

Em seguida contestou o segundo:

"*Nós não estamos julgando segundo a proporcionalidade, mas eventualmente dizendo que, por não ser proporcional em relação a liberdade, à afirmação da igualdade, por exemplo, julgamos inconstitucional. Mas a inconstitucionalidade está referida não à proporcionalidade ou a razoabilidade, porém a direito fundamental que tenha sido violado pelo texto".*

De nossa parte não nos parece problema que a proporcionalidade seja o "porquê", isto é, o fundamento da inconstitucionalidade nos casos em que estamos diante da noção de estrita proporção matemática, tais como dosimetria de punição criminal ou administrativa. Contudo, nos parece imprescindível indagar se, em havendo colisão de direitos fundamentais, o "porquê" da inconstitucionalidade é o direito violado ou a própria proporcionalidade?

iii) Natureza normativa

Como tivemos a oportunidade de mostrar anteriormente não existe consenso doutrinário quanto a natureza jurídica da proporcionalidade. Seria ela um princípio? Uma regra? Um postulado normativo aplicativo?

Se é um princípio pode ser abstraída implicitamente do ordenamento jurídico, sendo que sua aplicação deverá ocorrer na maior ou menor medida, ou seja, deve admitir sopesamento. Se é uma regra aplica-se sob fórmula do tudo ou nada, isto é, impõe um dever definitivo, mas não pode estar implícita no ordenamento jurídico. Se é um postulado normativo aplicativo, norma de segundo grau que congrega técnicas de aplicação do direito, será preciso definir qual a sua fonte criadora, quer dizer, esta técnica é criada pelo direito positivo, pela doutrina, é abstraída implicitamente do ordenamento, é criação jurisprudencial, etc., bem como é preciso definir a extensão de sua obrigatoriedade - se determinada técnica deve ser sempre utilizada diante de uma certa hipótese ou se na escolha da técnica a ser utilizada existe alguma discricionariedade para o aplicador do direito.

Não obstante os pontos aqui levantados, ousamos fazer uma pergunta que, ao nosso ver, deve anteceder todas as demais: a proporcionalidade é realmente uma norma jurídica?

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a forma como o tema vem sendo tratado usualmente, nos parece que a aceitação indistinta e universal da proporcionalidade com ou sem seus subitens pode levar a incongruências científicas. Talvez estes questionamentos devam ser respondidas antes de alçarmos a proporcionalidade ao patamar de "super norma jurídica" como querem alguns.

Afinal, nos parece que infelizmente estas questões não foram ainda satisfatoriamente respondidas. Isto porque estas indagações devem ser respondidas

de forma metódica e científica, a fim de que possamos sedimentar a proporcionalidade no direito brasileiro de forma consistente, evitando abusos e distorções decorrentes da má utilização deste instrumento.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. Princípios constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2006.

FILHO, Willis Santiago Guerra. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *In*.GRAU, Eros Roberto. FILHO, Willis Santiago Guerra. Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O direito posto e o direito pressuposto. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O proporcional e o razoável. Revista do Tribunais 798 (2002): 23-50.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: ALGUMAS REFLEXÕES. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 33, janeiro/fevereiro/março de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-33-JANEIRO-2013-RENATO-KHAMIS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.