

PROPORCIONALIDADE. UMA CLARIFICAÇÃO DO CONCEITO

Roberta Pereira Negrão Costa
Procuradora Federal
Especialista em Direito Público e
mestranda em Direito e Políticas Públicas.

Resumo: A proporcionalidade se apresenta com um apresenta como um método racional, aplicável em uma análise concreta de uma relação meio-fim, que estrutura o procedimento de determinar a prevalência de um direito ou bem jurídico em detrimento de outro, solucionando o conflito, de modo a impor ao Estado uma atuação proporcional nos casos de restrição a direitos fundamentais. Verifica-se que não há consenso doutrinário sobre sua natureza jurídica (se se trata de um princípio, uma regra ou um postulado), se há identidade ou distinção entre os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade, se os elementos constitutivos da proporcionalidade são dois (adequação e necessidade), três (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) ou quatro (pressuposto teleológico de legitimidade dos fins perseguidos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A clarificação de definições das categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito promove certeza e segurança jurídica. Um sistema jurídico é mais coerente quando as conexões entre os seus elementos são mais específicas. E foi nesse sentido, de buscar melhor esclarecer o conteúdo da proporcionalidade, sem ter, contudo, a pretensão de exauri-lo, que foi desenvolvido este trabalho.

Palavras-Chave: Critérios distintivos entre princípios e regras. Proporcionalidade. Razoabilidade.

Abstract: Proportionality or Judicial balancing is often used as shorthand for neutral, rational decision-making, a concept of adjudication which makes possible to compare and evaluate interests and ideas, values and facts that are radically different in a way that is both rational and fair. The constitutionally protected values and fundamental rights are asserted against the exercise of valid governmental powers and that perforce requires an appropriate weighting of the respective interests involved. A balance must be sought between the exercise by the press of the right guaranteed to it and the necessity to impose a restriction on the exercise of the right. There is no agreement among the Brazilian's scholars if the proportionality is a principle or a rule, if there is identity between proportionality and judicial balancing and how it is structured. It was identified the necessity of make the definitions clearer than it is shown in legal Brazilian's discourse. The article intends to show the differences to make it clear.

Keywords: Principles and rules. Distinctive criteria. Proportionality. Judicial balancing.

Sumário: 1 Introdução; 2 Princípios e Regras; 2.1 Ronald Dworkin e Robert Alexy: distinção qualitativa entre princípios e regras; 2.2 Distinção entre princípios e regras no direito brasileiro; 3 Proporcionalidade como método de solução para a colisão entre direitos fundamentais; 4 Natureza do dever de proporcionalidade: princípio ou

regra?; 5 Proporcionalidade *versus* Razoabilidade; 5.1 Razoabilidade; 5.2 Proporcionalidade; 6 A proporcionalidade e seus elementos; 6.1. Adequação; 6.2 Necessidade; 6.3 Proporcionalidade em sentido estrito; 7 Conclusão; 8 Referência.

1 INTRODUÇÃO

A proporcionalidade vem despertando, nos últimos tempos, o interesse da doutrina nacional. Isso porque se apresenta como é um método racional para solucionar conflitos entre direitos fundamentais.

Contudo, verifica-se que não há consenso sobre vários temas afetos à proporcionalidade, como por exemplo, acerca de sua natureza jurídica (se se trata de um princípio, uma regra ou um postulado), se proporcionalidade e razoabilidade são conceitos juridicamente iguais ou distintos, se os elementos constitutivos da proporcionalidade são dois (adequação e necessidade), três (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) ou quatro (pressuposto teleológico de legitimidade dos fins perseguidos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Na busca de respostas e esclarecimentos a algumas dessas divergências, este trabalho será desenvolvido da seguinte maneira. Primeiramente, será abordada a diferença entre regras e princípios. Nesse ponto, busca-se indicar critérios diferentes para pensar o assunto. Apresenta-se, primeiramente, a distinção feita por Dworkin e por Alexy, que adotam um critério diferenciador que tem por base a estrutura de aplicação de tais normas, sem analisar, contudo, a sua importância no ordenamento, o seu caráter fundamental. Depois disso, aponta-se o critério utilizado majoritariamente pela doutrina pátria para diferenciar regras e princípios.

Um grande número de doutrinadores nacionais adota um critério que tem por base o grau de abstração e de fundamentalidade das normas jurídicas. Tal análise é importante, pois o enquadramento da natureza jurídica da proporcionalidade só é possível partir da adoção de um determinado critério diferenciador de normas jurídicas. A depender do critério adotado, pode-se classificar a proporcionalidade em regra ou princípio. Não se pretende, neste trabalho, exaurir essa questão, mas apenas apresentar o panorama atual e advertir sobre os riscos do sincretismo metodológico para a realização de um trabalho sério sobre o tema.

Aborda-se, em seguida, a diferença entre razoabilidade e proporcionalidade. Muito embora haja entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que seriam conceitos idênticos, busca-se demonstrar que são conceitos jurídicos diferentes. Além de terem origem histórica distinta (atribui-se à razoabilidade origem anglo-saxônica, inicialmente ligada à noção de irrazoabilidade, e à proporcionalidade origem desenvolvimento analítico e ordenado do direito alemão e da jurisprudência do tribunal constitucional deste país), verifica-se que possuem estruturas diferentes.

A razoabilidade refere-se a uma relação entre a medida adotada e o critério da norma, possuindo uma forma de aplicação muito mais flexível se comparada à proporcionalidade. Atua na interpretação das normas gerais como decorrência a justiça, ao estabelecer a observância a limites aceitáveis, dentro de *standards* de aceitabilidade. Exige congruência lógica entre as situações postas e as decisões ou ações.

Diferentemente, a proporcionalidade possui uma estrutura rígida de aplicação, que exige a observância obrigatória à ordem de submissão aos seus elementos.

Nela faz-se uma análise quanto à adequação da medida (se é apta a promover ou fomentar minimamente o fim pretendido), à sua necessidade (se dentre as medidas adequadas é o meio menos gravoso para atingir o fim) e à proporcionalidade em sentido estrito (na qual se faz a ponderação entre a intensidade da restrição promovida com o meio e a importância do atingimento do fim).

2 PRINCÍPIOS E REGRAS

Hodiernamente, aceita-se de maneira majoritária no direito brasileiro a norma jurídica como gênero do qual regras e princípios são espécies. Contudo, é possível verificar que não há consenso sobre critérios adotados para a conceituação dessas espécies normativas.

2.1 RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY: DISTINÇÃO QUALITATIVA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Ronald Dworkin, em sua crítica ao positivismo jurídico de Hart, defende que o Direito não é apenas um conjunto de regras primárias e secundárias.¹ Entende que é um sistema constituído por normas jurídicas, que podem ser divididas, sob um aspecto lógico, em regras, princípios e políticas. Para o autor, princípios e regras diferenciam-se em razão de sua estrutura e aplicação.

Como esclarece Guerra Filho, as regras possuem estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas de direito, com a descrição (tipificação) de um fato, ao que se acresce sua qualificação prescritiva, amparada por uma sanção ou sem esta nos casos de qualificação de um fato permitido pelo direito.² Seria possível, ao menos em tese, a enumeração de todas as hipóteses de exceção à aplicação do comando previsto em uma regra.

Segundo Dworkin, as regras são aplicadas pelo método do “tudo ou nada” (*all or nothing*), no sentido de que uma vez dados os fatos que a regra estipula, ou seja, uma vez preenchida a sua hipótese de incidência, ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser considerada e a consequência normativa nela prevista deve ser aceita, ou a regra é inválida, e em nada contribuirá para a decisão³. Utiliza-se, de modo típico, o método de subsunção. Verifica-se, portanto, que as regras possuem uma dimensão de validade. Se *valem* devem ser aplicadas em sua inteireza e se não *valem* não devem ser aplicadas.⁴

No caso de conflito entre regras, caracterizado pelas consequências contraditórias quando de sua aplicação ao caso concreto, a superação pode se dar ou introduzindo uma cláusula de exceção em uma das regras, ou reconhecendo a necessária invalidade de, ao menos, uma delas. Isso decorre do fato de que as regras prescrevem imperativamente uma exigência, e no caso de haver uma antinomia, impõem-se um juízo de (in)validade.⁵

Já os princípios, possuem estrutura diferente, pois são dotados de uma dimensão não presente nas regras: a dimensão do peso ou importância. Isso decorre do fato de que os princípios não determinam vinculativamente uma decisão, como as regras, contendo, somente, os fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos de princípios incidentes na questão. No caso dos princípios, não é cabível questionamento acerca de sua validade, mas sim de seu peso (dimensão de peso). Neste sentido, a diferenciação elaborada por Dworkin não consiste em uma diferenciação de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, ao invés de critérios de abstração e generalidade.⁶

¹ Para Dworkin, o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras, que tem como noção central um teste fundamental para o direito (teste de pedigree) que forçosamente ignora importantes papéis desempenhados por padrões que não são regras. Para mais ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28.

² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.74.

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 610.

⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 125.

⁶ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

No caso de colisão entre princípios⁷, terá prevalência aquele que tiver, para a solução do caso concreto, o maior peso, sem, contudo, excluir o outro completamente. Como salienta Dworkin, quando princípios se inter cruzam, deve-se levar em conta, no momento da decisão, a força relativa de cada um⁸ e a sua importância naquela questão. Isso significa que prevalecerá o princípio de maior importância ou peso para a solução do conflito, mas que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de perder seu valor ou, ainda, de pertencer do ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo no caso concreto analisado, mas poderá ser relevante para a solução de outros casos.⁹

Partindo de um pressuposto semelhante ao de Ronald Dworkin, Robert Alexy também entende que há uma distinção qualitativa entre princípios e regras e não uma diferença de grau de abstração e generalidade dos comandos jurídicos.¹⁰ Para Alexy, o ponto decisivo para a diferenciação entre princípios e regras é que enquanto estas são normas que só podem ser cumpridas ou não, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.¹¹

São comandos de otimização, que podem ser realizados em diferentes graus segundo as possibilidades normativas, pois sua aplicação depende de princípios e regras que a ele se contrapõem, e possibilidade fática, porque o seu conteúdo só pode ser determinado diante do caso concreto.¹² Os princípios, como espécie de norma jurídica, não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. São proposições que podem ser aplicados sem acréscimo de outras premissas normativas e estão, normalmente, sujeitos às limitações em razão do conteúdo de outros princípios.¹³

Acesso em: 10 jan. 2009.

⁷ Saliente-se discussão entre Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila sobre a ocorrência ou não de colisão entre princípios. Para o Ávila não há, de fato, colisão entre princípios, mas apenas uma colisão aparente, pois como não possuem uma hipótese e uma consequência abstratamente determinadas, não há como haver colisão. Na verdade, essa aparente colisão é superada diante do sopesamento realizado no caso concreto com a verificação de qual princípio será aplicado e qual a relação que os princípios mantêm entre si. Virgílio Afonso da Silva critica esse posicionamento considerando que a premissa de que os princípios não possuem consequências abstratamente determinadas é falso. Para o autor, um princípio deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes no caso. A otimização de um princípio pode sim colidir com a otimização de outro (como exemplo clássico, temos a liberdade *versus* o direito à privacidade). Considera que se fosse levado a cabo esse raciocínio a todas as colisões, todas seriam aparentes, salvo aquelas irresolúveis. Para mais ver: ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, n° 4, julho, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10jan.2009 e SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *In: Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 618.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42- 43.

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *In: Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 610.

¹⁰ Para Josef Esser a distinção entre princípios e regras decorre do grau de abstração e generalidade da prescrição normativa relativamente aos casos aos quais ela deva ser aplicada. Os princípios não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem, diferentemente das regras. Ver ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, n° 4, julho, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10 jan.2009.

Para Larenz os princípios são normas de grande importância no ordenamento jurídico, são pontos de partida ou pensamentos diretores que sinalizam para a norma, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 727.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86- 87.

¹² ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, n° 4, julho, 2001. Disponível em:< <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10 jan. 2009.

¹³ GUERRA, Sérgio. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador,

O fato de que a realização dos princípios depende das possibilidades fático-normativas implica que os princípios não só são suscetíveis, mas necessitam de ponderação. Diante de uma colisão, é necessário o juízo de peso, realizado através da ponderação ou do sopesamento de direitos ou bens jurídicos constitucionalmente previstos, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Essa ponderação é realizada mediante a máxima da proporcionalidade e seus elementos parciais, a serem explicitadas mais adiante.

2.2 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, não há consenso quanto à distinção adotada para diferenciar princípios e regras. Mas é possível verificar que predomina a idéia de que princípios são definidos como mandamentos nucleares ou disposições fundamentais¹⁴, postulados ou diretrizes fundamentais¹⁵, ou ainda como as verdades primeiras, premissas de todo um sistema.¹⁶ Apesar da diferente nomenclatura, como salienta Virgílio Afonso da Silva, a idéia normalmente é a de que os princípios são as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras são uma concretização dos princípios e tem, portanto, caráter mais instrumental e menos fundamental.¹⁷

É facilmente percebida a diferença adotada entre o critério diferenciador de princípios e regras proposto por Dworkin e Alexy, brevemente explicitado no tópico anterior, e o critério utilizado por vários doutrinadores nacionais. Os primeiros baseiam a diferenciação em razão da estrutura normativa presente em regras e princípios, sem nada se referir à fundamentalidade da norma. Consequentemente, é possível admitir que um princípio pode ser ou não um mandamento nuclear do sistema jurídico. Da mesma forma, uma regra pode ter ou não esse caráter fundamental. O conceito de princípio na teoria de Alexy é um conceito axiologicamente neutro.¹⁸ Já para os últimos, o critério distintivo entre regras e princípios é o grau de abstração, maior nos princípios e menor nas regras, e o grau de fundamentalidade, tendo os princípios o papel fundamental em razão de sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito e a sua importância estruturante do sistema jurídico.¹⁹

Verifica-se haver, portanto, diferentes formas coerentes para diferenciar regras e princípios. Isso não quer dizer que uma maneira seja melhor ou pior do

Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br> >. Acesso em 10 jan.2009.

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 408. Define este autor princípio como “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 15-16.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 258.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 612.

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 615. O mesmo autor cita em seu texto a existência de posicionamento contrário defendido por Gilberto Bercovici no texto “O princípio da unidade da constituição”.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1034-1035. Além dos critérios mencionados, o autor cita ainda como critérios de distinção entre regras e princípios: i) grau de determinabilidade, sendo os princípios vagos e indeterminados cuja aplicação carece de medidas concretizadoras e as regras não, sendo suscetíveis de aplicação direta, sem qualquer mediação; ii) proximidade da idéia de direito, sendo os princípios expressão de exigências de justiça e as regras, normas de conteúdo meramente funcional; iii) natureza normogenética, sendo os princípios fundamentos de regras, constituem a *ratio* de regras jurídicas.

que a outra, mais moderna ou mais atrasada. Significa que deve-se esclarecer qual o critério adotado antes de utilizar os conceitos de regras e princípios. Embora muitas vezes passe despercebida, essa diferença entre conceitos tem relevantes consequências relativamente à matéria estudada.

3 PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO PARA A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados. Seus limites decorrem, inclusive, da própria socialidade humana. Embora tenham sido inicialmente, no plano filosófico, pensados como naturais, esses direitos, por mais fundamentais que sejam, são produto de um desenvolvimento histórico, caracterizados por lutas e conquistas graduais de novas liberdades em face de velhos poderes.²⁰ Mas não só desse ponto de vista os direitos fundamentais são limitados. Sua limitação decorre também do plano dogmático-constitucional, em razão de, atualmente, serem direitos positivados na constituição. As liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas, e, por isso, são limitadas com a sua determinação material.²¹ Além disso, a limitação dos direitos fundamentais decorre também da conjugação destes entre si e destes com valores constitucionais, tidos como o conjunto de valores, objetivos, institutos, interesses positivados de uma determinada sociedade.²²

São várias as situações de conflito de direitos fundamentais. Pode-se distinguir três tipos de situações: a concorrência de direitos fundamentais, a colisão entre tais direitos e o conflito entre direitos fundamentais e um bem jurídico constitucional.²³ A concorrência é a situação na qual um comportamento do titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais, podendo ser hipótese de cruzamento²⁴, quando o comportamento do mesmo titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias, ou acumulação²⁵, quando um determinado bem jurídico leva à acumulação de direitos na pessoa de seu titular²⁶. Verifica-se que no caso de concorrência de direitos fundamentais não há oposição de pretensões jurídicas. Há apenas um titular e dois ou mais direitos fundamentais que concorrem para a conduta realizada.

No caso de conflito entre direitos fundamentais e um bem jurídico constitucional, o exercício de direito fundamental implica uma contradição, um prejuízo ou um dano a um bem jurídico protegido pelo texto constitucional. Já a colisão se dá quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou prejudica o exercício de um direito fundamental por outro titular. Tanto

²⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

²¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998. p. 250.

²² Sobre a dupla dimensão dos direitos fundamentais, ver HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998, p. 228 a 244 e PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 19- 29.

²³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 64-65.

²⁴ Canotilho cita como exemplo direito à expressão e informação e o direito à liberdade de imprensa, de reunião e manifestação.

²⁵ O mesmo autor cita também como exemplo de acumulação o caso do direito à participação na vida pública, que agrupa direitos como o do sufrágio, liberdade partidária, de petição, de reunião e manifestação.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1035-1036.

os casos de conflito, como os casos de colisão podem ser genericamente chamados de colisão *lato senso*.²⁷

Diante de uma colisão *in concreto* de direitos fundamentais, pode-se vislumbrar como possíveis instrumentos de solução do conflito a interpretação constitucional e o uso da ponderação de bens ou direitos, consubstanciada no dever da proporcionalidade.²⁸

4 NATUREZA DO DEVER DE PROPORCIONALIDADE: PRINCÍPIO OU REGRA?

Há ampla discussão doutrinária quanto à definição do dever de proporcionalidade. Tendo em consideração não ser esse o objeto central deste estudo, far-se-á uma breve exposição desta discussão. Essa divergência tem por fundamento o critério adotado para diferenciar princípios e regras, anteriormente abordado.

Se é adotado como critério distintivo de regras e princípios o grau de generalidade e abstração, bem como a noção de fundamentalidade da norma, o conceito de proporcionalidade será enquadrado como um princípio. Isso porque a proporcionalidade é uma norma fundamental do sistema, tida como o princípio dos princípios, pois está vinculada à guarda e garantia dos direitos fundamentais frente aos poderes do Estado. Trata-se de uma idéia fundante, traduzida em um parâmetro de valoração dos atos do Poder público para aferir se estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.²⁹ Grande parte da doutrina brasileira adota esse posicionamento, considerando a proporcionalidade um princípio.³⁰

Contudo, se se adota como critério diferenciador de regras e princípios sua estrutura normativa, tendo por base a classificação de Alexy, a proporcionalidade terá natureza de regra. Para Luís Virgílio Afonso da Silva, são três as razões pelas quais é possível identificar a natureza jurídica de regra da proporcionalidade. A proporcionalidade não é um mandamento de otimização, ou seja, não tem como produzir efeitos em variadas medidas, na busca de realizar o direito em sua máxima medida. Trata-se de uma regra cujos elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) expressam deveres definidos e são aplicáveis na forma de subsunção. Verifica-se, portanto, que se trata de um método aplicado diante da constatação de colisão entre direitos fundamentais, cujo objetivo é fazer com que nenhuma restrição a tais direitos tome dimensões desproporcionais. Além disso, não expressa um dever *prima facie*, cujo conteúdo definitivo só é fixado após o sopesamento com princípios colidentes. A proporcionalidade não entra em conflito com outros princípios, não sendo possível sua concretização em vários graus. Ou a medida *sub examine* é proporcional ou não é, não sendo possível sua aplicação senão de forma constante.³¹

Há, por fim, o entendimento de Humberto Ávila no sentido de que a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo. Para o autor a

²⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 64-65.

²⁸ Optou-se nesse momento chamar de dever de proporcionalidade tendo em vista que essa nomenclatura relaciona-se à norma, sem definir se se trata de um princípio ou uma regra. Quando se fala em dever, fala-se em norma, sem especificar necessariamente a qual espécie normativa está se referindo.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.jurisnet-rm.com.br>>. Acesso em 18 dez. 2008.

³⁰ Neste sentido, BONAVIDES, Paulo; BARROSO, Luís Roberto. et al.

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002. p. 24-25.

proporcionalidade não é um princípio, pois sua concretização não é possível de maneira gradual. Sua estrutura trifásica somente permite uma única possibilidade de aplicação. Além disso, sua aplicação independe das possibilidades fáticas e normativas, já que seu conteúdo normativo é neutro quanto ao contexto fático. Embora seja uma medida de ponderação, como não entra em cheque com outros princípios, a ela não cabe a ponderação. Contudo, o autor salienta também que não se trata de uma regra jurídica, pois o dever de proporcionalidade não estabelece tal e qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por meio de condições que estabelece o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico. É, portanto, um postulado normativo aplicativo, pois impõe uma condição formal ou estrutural de aplicação de outras normas. É uma condição normativa instituída pelo próprio direito para sua devida aplicação.³²

Muito embora não se pretenda nesse trabalho concluir acerca da natureza jurídica do dever de proporcionalidade, salienta-se sobre a necessidade de se adotar uma coerência metodológica. Não se pretende dizer qual dentre as formas brevemente apresentadas é a correta. Mas o critério adotado para diferenciar regras e princípios é determinante para uma conclusão sobre a natureza jurídica do dever de proporcionalidade.

Isso significa que para manter coerência metodológica, se um autor afirma ser a proporcionalidade um princípio, não pode adotar o critério de Alexy para distinguir regras e princípios. Para ser coerente em seu trabalho, deverá adotar o posicionamento de Esser ou Larenz, concebendo princípio como normas genéricas e abstratas, fundantes do ordenamento, ou como pontos de partida.

Se adotar o critério diferenciador pautado na estrutura normativa de regras e princípios, assim como o de Alexy, para manter a coerência, deve entender o dever de proporcionalidade como uma regra, em razão do seu modo de aplicação, independentemente do papel fundamental que exerce no ordenamento jurídico.

Com isso, busca-se tão somente alertar contra os perigos do sincretismo metodológico.

5 PROPORCIONALIDADE VERSUS RAZOABILIDADE

Não há consenso na doutrina pátria quanto à identidade ou diferença/separação acerca do dever de proporcionalidade e de razoabilidade.

Existe posicionamento que entende que ambos são sinônimos, remetendo a uma origem comum. Parte da doutrina administrativista³³, como Celso Antonio Bandeira de Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto adota os conceitos como noções equivalentes, ora considerando a proporcionalidade uma faceta da razoabilidade³⁴ ou como compreendida na própria razoabilidade³⁵. Barroso entende

³² ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 4, julho, 2001. Disponível em:< <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10 jan. 2009.

³³ Em sentido contrário, postulando pela distinção dos conceitos, temos José dos Santos Carvalho Filho e Raquel Melo Urbano de Carvalho. Para mais ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27-29; e CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: JusPODIVIM, 2008. p. 142-147.

³⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 93-94.

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 98.

que proporcionalidade e razoabilidade têm entre si uma relação de fungibilidade³⁶ e aponta sua origem e desenvolvimento relacionados à garantia do devido processo legal, tendo como marco a Magna Carta de 1215. No mesmo sentido, de identidade entre proporcionalidade e razoabilidade, Suzana de Toledo Barros aponta as matrizes inglesa, francesa e norte-americana do conceito³⁷.

Contudo, essa identificação histórica não é apropriada. Como indica Guerra Filho, o teste de razoabilidade³⁸, também conhecido como teste de *Wednesbury*, surgiu em decisão judicial proferida na Inglaterra em 1948. Trata-se de caso ao qual era concedida a uma empresa licença para operar cinema, pela autoridade local, desde que não fosse permitida a entrada de crianças menores de 15 anos. A empresa pleiteou, junto à Corte Inglesa, reconhecimento de que tal condição era inaceitável e que a autoridade não tinha competência para impor essa exigência. A corte decidiu que para intervir na questão, a condição deveria ser tão desarrazoada que nenhuma autoridade razoável iria jamais considerar em manter ou impor a condição, situação que não se configurava no caso julgado, sendo mantida a exigência imposta pela autoridade local³⁹. O teste de razoabilidade implica em rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis podendo ser resumida da seguinte forma: se uma decisão é, de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir⁴⁰.

O teste da razoabilidade relaciona-se, portanto, a uma análise pessoal do sujeito envolvido na aplicação da medida que se pretende controlar. Como salienta Ávila, trata-se de um exame concreto-individual aos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um determinado fim, mas em razão da particularidade ou da excepcionalidade do caso individual para verificar se é ou não arbitrária⁴¹.

Após uma breve clarificação do teste de razoabilidade, é de se perguntar se a tese da identidade entre razoabilidade e proporcionalidade é correta.

Para Luís Virgílio Afonso da Silva, razoabilidade e proporcionalidade se diferenciam não só pela sua origem, mas também por sua estrutura.⁴² Com origem apontada na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a proporcionalidade tem estrutura racionalmente definida, com elementos independentes – análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – aplicados em uma ordem pré-definida, que claramente a diferenciam da razoabilidade.

Uma medida desproporcional não será, necessariamente, considerada desarrazoada, pois para ser considerada desproporcional não há necessidade de

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.jurisnet-rn.com.br>>. Acesso em 18 dez. 2008.

³⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 25-70.

³⁸ Como salienta Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade, tendo o termo razoabilidade sido cunhado pela jurisprudência e doutrina argentina. Para mais, ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 283.

³⁹ Livre tradução da autora de texto disponibilizado em: <<http://www.externalaw.com/case-law/2606-associated-provincial-picture-houses-v-wednesbury-corporation-1948-a.html>>.

⁴⁰ É em razão do caso *Wednesbury* que é cunhada a frase “so unreasonable that no reasonable person could contemplate it”.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 4, julho, 2001. Disponível em:< <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10 jan. 2009.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002, p. 29.

que o ato seja extremamente irrazoável ou absurdo.⁴³ Embora ambos tenham objetivos semelhantes, na busca de conferir proteção a direitos fundamentais, são construções técnico-jurídicas diferentes e, por isso, não se devem ser considerados sinônimos, apesar de grande confusão verificada tanto na doutrina pátria, como na jurisprudência, inclusive do STF⁴⁴.

5.1 RAZOABILIDADE

A razoabilidade é um conceito plurissignificante. Na teoria geral do direito, a reflexão e utilização do conceito do razoável é recente.⁴⁵ Na busca de aplicar o conceito do razoável ao direito, Siches formula a diferença entre a lógica do racional (lógica formal) e a lógica do razoável. Para o autor, a solução dos problemas práticos da existência humana, sejam eles de natureza jurídica, política, ética, se dá com base na lógica do razoável. A lógica clássica, físico-matemática, no tratamento dos problemas jurídicos, pode levar a resultados desastrosos e insensatos, devendo sua utilização se restringir a questões periféricas. A lógica formalista não é capaz de esclarecer qual deve ser o conteúdo das normas jurídicas, cabendo à lógica do razoável, inerente à ação humana por estar condicionada pela realidade concreta na qual opera, a produção dos conteúdos do direito.⁴⁶

Para Perelman, o direito ou um poder não podem ser exercidos de maneira desarrazoada. O uso desarrazoado do direito pode ensejar várias figuras juridicamente conhecidas, tais quais, desvio ou excesso de poder, abuso de confiança, má-fé, entre outras. A manifestação do desarrazoado pode ser verificada nos casos em que a aplicação estrita da letra da lei dá azo a consequências inaceitáveis, contrárias ao direito e à lógica de funcionamento do Estado⁴⁷. Embora se trate de uma idéia vaga e imprecisa, é indispensável, devendo ser precisada de acordo com meio em que se apresenta⁴⁸ e do caso concreto analisado.

Ávila aponta as acepções que o dever de razoabilidade pode assumir.⁴⁹ Dentre tantas acepções possíveis, o autor destaca três: a razoabilidade como equidade, como congruência e como equivalência.⁵⁰ Diferentemente da proporcionalidade que

⁴³ Nesse sentido, Luís Virgílio Afonso da Silva aponta decisão da Corte Européia de Direitos Humanos que decidiu pela desproporcionalidade de uma medida, apesar de admitir sua razoabilidade (Smith and Grady v. United Kingdom). Para informações detalhadas sobre o caso ver: < <http://hei.unige.ch/~clapham/hrdoc/docs/echrsmithandgrady.htm>>.

⁴⁴ Conforme é possível verificar em breve levantamento feito por Luís Virgílio Afonso da Silva, no artigo O proporcional e o razoável, há, em vários julgados, a utilização indiscriminada de proporcionalidade e razoabilidade, tratando-os como expressões sinônimas. Para mais ver: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, ano 91, volume 798, abril/2002. p. 31- 34.

⁴⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 188.

⁴⁶ SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio Del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981. p. 251- 259.

⁴⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 432-436.

⁴⁸ Isso significa que uma aferição de razoabilidade só é possível se realizada dentro de um quadro de referência, em um determinado contexto jurídico, político e social.

⁴⁹ A razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades. Ao falar-se razoabilidade, pode-se estar referindo à razoabilidade de uma alegação, de uma interpretação, de uma restrição, de um determinado fim legal, da função legislativa. Para mais, ver: ADI nº 855 MC, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 01/07/1993, DJ 01-10-1993, sobre lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 151-158.

necessariamente se refere a uma relação meio-fim, a razoabilidade se refere a uma relação entre medida adotada e o critério da norma.

Como dever de equidade, a razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual. Isso significa que deve haver uma relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, seja para mostrar sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, seja para indicar em quais hipóteses o caso individual, em razão de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Serve de instrumento metodológico para dizer que a norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma posta. É um instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. Nesses casos, a razoabilidade atua na interpretação das normas gerais como decorrência do princípio da justiça,⁵¹ ao estabelecer a observância a limites aceitáveis, dentro de *standards* de aceitabilidade. Exige congruência lógica entre as situações postas e as decisões ou ações.

Como dever de congruência, a razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. E, para que isso seja possível, mais uma vez é necessário se socorrer do suporte empírico existente. A interpretação das normas demanda o confronto com parâmetros externos a elas. É a congruência lógica entre as situações postas e as decisões/ações. Além disso, diante desse dever, é mister observar a correlação entre o critério distintivo ou de diferenciação utilizado pela norma e a medida adotada. Nesse caso, não há uma análise entre meio e fim, mas uma análise entre critério e medida.⁵²

Como dever de equivalência, a razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nesse caso, também se analisa a relação, mas sob o aspecto da equivalência, entre a medida e o critério.

Verifica-se que em todas as hipóteses apontadas por Ávila, não há, como ocorre com a proporcionalidade, uma relação meio-fim, mas sim uma relação entre a medida e o critério que a condiciona. Analisa-se, nesses casos, a situação pessoal do sujeito envolvido na aplicação da medida que se pretende tomar, sob a ótica da concretização da medida abstratamente prevista em face da realização ou não substancial do bem jurídico relativamente a determinado sujeito. Faz-se um exame concreto e individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual.

No exame de razoabilidade não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas sua intensidade em relação a um bem jurídico de determinado titular. Objetiva-se, como o exame de razoabilidade, verificar se o resultado da aplicação da norma geral ao caso individual é razoável, não arbitrária⁵³, ou seja, verificar se há uma sincronia perfeita entre o que foi posto na norma e o que dela é feito, diante de um caso concreto, tendo em vista o substrato jurídico, político e social.⁵⁴

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 154-155.

⁵² ÁVILA, 2007, p. 155-157.

⁵³ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10 jan. 2009.

⁵⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 54.

5.2 PROPORCIONALIDADE

Diante de uma colisão entre direitos fundamentais, muito embora seja indispensável, nem sempre a interpretação constitucional é suficiente. A proporcionalidade se apresenta como um método de solução de conflitos entre direitos ou bens jurídicos que consiste em determinar uma decisão de preferência entre eles. Busca evitar que decisões restritivas de direitos fundamentais tomem dimensões desproporcionais.

Para Canotilho, a ponderação representa uma mudança metodológica no âmbito do direito constitucional, pois admite que não há hierarquia abstrata entre bens constitucionais, devendo-se considerar as circunstâncias do caso concreto, a exigência da realização de um juízo de peso (sopesamento) para a solução e a necessidade de uma fundamentação rigorosa, tendo em vista que são várias as leituras possíveis do conflito.⁵⁵

A atividade interpretativa consiste em atribuir um sentido, um significado aos textos para sua aplicação. O problema de interpretação surge nos casos em que há dúvidas quanto à compreensão da norma aplicável ao caso. No caso da ponderação, haverá um problema relativo a qual norma aplicar ao caso, trata-se de um problema de relevância.⁵⁶ Nessa tarefa, busca-se equilibrar e ordenar bens ou direitos em conflito diante de um determinado caso concreto. Para que seja possível alcançar esse resultado, deve-se passar pelos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido, elementos da proporcionalidade.

Trata-se de um método racional que estrutura o procedimento de verificação de qual norma constitucional deve prevalecer e em que medida, no caso concreto. Permite a satisfação da unidade da constituição, da concordância prática e da eficácia ótima (otimização) dos direitos fundamentais.

A necessidade de sua aplicação decorre da abertura semântica e estrutural dos direitos fundamentais, bem como do caráter principiológico neles contidos. Como salienta Alexy, a ponderação é racional e não se trata de um procedimento em que cada caso conduza a uma única resposta⁵⁷. Não há um único resultado correto possível, a resposta correta, porque a proporcionalidade é um procedimento aberto. Mas, seu resultado pode ser racionalmente fundamentado.

A proporcionalidade é frequentemente utilizada como forma de aferir a legitimidade de restrições a direitos, ou seja, um limite à atuação estatal, que deve ser também proporcional, no sentido de obrigar ao ente estatal, quando da sua atuação, escolher os meios adequados e necessários à consecução de determinado fim de modo a menos restringir direitos fundamentais. Portanto, a atuação estatal limitadora de direitos fundamentais deve observar não apenas a previsão e admissibilidade constitucional, mas também a proporcionalidade das restrições estabelecidas.

Nesse sentido, a proporcionalidade pode ser identificada à idéia de proibição do excesso. Contudo, como salienta Luis Virgílio Afonso da Silva, apesar da proporcionalidade ser majoritariamente entendida como um instrumento de controle contra o excesso dos poderes estatais, cada vez mais ganha importância a discussão sobre sua utilização como instrumento contra a omissão ou contra a ação

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1109.

⁵⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 142, nota nº 442.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 525.

insuficiente do Estado (proibição de insuficiência).⁵⁸ Exige-se uma atuação proporcional não apenas nos casos de ação positiva não excessiva do Estado, mas também nos casos em que o Estado deveria atuar para proteger direitos fundamentais e não atua, ou atua de maneira insuficiente.

A proporcionalidade consubstancia-se na análise dos meios utilizados pela Administração como forma de atingimento do fim público que se pretende concretizar.⁵⁹ Ela impõe limites à atuação estatal, determinando a observância de uma justa medida entre o direito e a norma que o restringe, ou ainda, impõe que a atuação estatal não seja insuficiente para uma proteção adequada e eficaz de direitos, devendo, em ambos os casos, a relação entre o meio e o fim pretendido ser aquela que promove a máxima efetividade dos direitos envolvidos.

O exame de proporcionalidade é aplicado nos casos em que há uma medida concreta destinada a realizar uma determinada finalidade. Refere-se, portanto, a uma relação meio-fim, sem a qual o exame de proporcionalidade cai por terra, em razão da falta de pontos de referência, por ficar no vazio.⁶⁰ Sem uma relação meio-fim não é possível realizar o exame de proporcionalidade, pela falta de elementos que o estruturam. É necessária a relação de causalidade de entre o meio, a medida concreta, e o fim, o estado desejado das coisas.

Na sua aplicação devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva dentre aquelas que poderiam ser utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de que a finalidade pública seja valorosa para justificar a restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).⁶¹

6 A PROPORCIONALIDADE E SEUS ELEMENTOS

O exame de proporcionalidade exige a obediência à ordem pré-definida de submissão a seus elementos. Isso porque há entre eles uma relação de subsidiariedade⁶². Primeiramente, deve se proceder à análise de adequação. Somente se a medida passar na análise de adequação que será possível proceder a uma análise quanto à necessidade. Da mesma forma, somente se passar no exame de necessidade é que será efetuada a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se de uma progressão lógica do procedimento.⁶³ É possível, portanto, que a aplicação do exame de proporcionalidade seja exaurido, por exemplo, ainda na fase de análise de adequação, não sendo possível que se prossiga às próximas fases, uma vez que esgotou-se o exame diante da constatação de não adequação da medida.

Antes de prosseguir à especificação dos elementos da proporcionalidade, é importante registrar que existe divergência doutrinária quanto ao número de elementos. Luís Virgílio Afonso da Silva aponta a existência de três

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002, p. 27.

⁵⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 127.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 162-163.

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002, p. 34.

⁶³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 154.

posicionamentos.⁶⁴ Primeiramente, a corrente majoritária entende que são três os elementos da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁵ A segunda corrente entende que o exame de proporcionalidade apenas compreende a análise de adequação e de necessidade. Por fim, a terceira corrente, que acrescenta como elemento adicional aos três consagrados pela doutrina majoritária, um pressuposto teleológico. A necessidade de obrigatória análise anterior aos demais elementos relativa à legitimidade dos fins perseguidos.

6.1 ADEQUAÇÃO

O exame de adequação, também denominado de idoneidade ou conformidade, determina a verificação, no caso concreto, se a medida restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida.⁶⁶ Traduz-se na exigência de compatibilidade entre o fim pretendido e os meios enunciados para sua consecução.⁶⁷ Trata-se de verificar se o meio é apto ou capaz de promover a finalidade.

Nesse momento, faz-se uma análise se a medida escolhida é eficaz para contribuir para a promoção do fim, se o meio escolhido realiza ou fomenta minimamente o fim. Não se analisa se é próprio para levar o Estado à finalidade pretendida. O teste de adequação limita-se ao exame da aptidão do meio para fomentar os objetivos visados. Se a medida promove ou fomenta o fim.

Mas o que significa um meio capaz de promover um fim? Isso quer dizer que o meio deve fomentar o fim sob o aspecto quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza)? Em termos quantitativos, o meio pode promover mais ou menos um fim. Em termos qualitativos, pode promover melhor ou pior a finalidade. Em termos probabilísticos, com maior ou menor certeza um fim. Mas será que existe a obrigação, no exame da adequação em escolher o meio que mais, melhor e com maior grau de certeza promova o fim? Não. Para satisfazer às exigências de aprovação nesse exame, basta que o meio promova o fim, de qualquer maneira, independentemente de ser aquele que o fomenta de modo mais intenso, melhor ou com maior grau de certeza.⁶⁸

Todo e qualquer meio idôneo que de alguma maneira promova, ainda que minimamente, o fim é um meio adequado. Neste momento, analisa-se somente se a medida colabora para que o objetivo possa ser alcançado. Faz-se uma análise absoluta dos meios, e não comparativa. Verifica-se se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente para promover o objetivo pretendido.

Na verdade, quer se dizer que o meio deve, de alguma maneira, fomentar ou promover a medida pretendida. Adequado, então, não é só o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas é também aquele meio com cuja realização

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002, p. 35.

⁶⁵ Manifestam-se nesse sentido: Celso Antonio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho, Humberto Ávila, Luís Roberto Barroso, Raquel Melo Urbano de Carvalho, Sérgio Guerra, Suzana de Toledo Barros, Virgílio Afonso da Silva, Willis Santiago Guerra Filho, Wilson Antônio Steinmetz.

⁶⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 149.

⁶⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html>. Acesso em: 18 dez. 2008.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 165-166.

de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja alcançado ou realizado em sua completude.

Esse exame exige uma relação empírica entre o meio e o fim, na qual o meio promova a finalidade, ainda que parcialmente. Trata-se de uma análise absoluta dos meios, verificando se é apto a fomentar o objetivo pretendido. Pode haver vários meios que promovam o fim e todos eles serão considerados adequados. O meio só será considerado não adequado se a incompatibilidade entre o meio e o fim for manifesta, ou seja, se o meio não fomentar, nem de maneira mínima, o fim. E uma vez constatada a inadequação da medida, encerra-se o exame de proporcionalidade nesta fase, não sendo possível seguir à fase subsequente de análise de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.

6.2 NECESSIDADE

O exame de necessidade é também denominado de exame de exigibilidade, de indispensabilidade, da menor ingerência ou, ainda, da intervenção mínima. Isso porque nesse exame busca-se identificar qual dentre as medidas adequadas a promover o fim é a que gera a menor restrição possível na espécie. Busca-se, nesse momento, o instrumento menos gravoso, dentre as alternativas anteriormente consideradas adequadas, para alcançar o objetivo pretendido. Persegue-se, nesta fase, a medida considerada a mais eficaz ou efetiva para promover o fim, mas que menos restringe o exercício do direito fundamental por seu titular. Neste momento, analisa-se qual das alternativas gera a menor restrição possível na espécie. Persegue-se o meio menos desvantajoso, aquele que possa igualmente promover o fim escolhido que menos restringe direitos fundamentais. Um ato estatal que limita um direito fundamental só é necessário se o objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por outro meio menos restritivo.

Diferentemente do exame de adequação, no qual se faz uma análise absoluta dos meios, o exame de necessidade efetua uma análise comparativa entre as medidas adequadas. Nessa fase, realiza-se um cotejo das medidas aptas a promover o fim, escolhendo por aquela que menos restringe direitos. Trata-se da adoção de um parâmetro de eficiência adotando, também, o critério da menor prejudicialidade. Assim, na análise de necessidade questiona-se não a escolha operada, mas sim o meio empregado, devendo ser o mais suave, aquele que gere a menor desvantagem possível

A necessidade procura o meio menos nocivo, menos desvantajoso capaz de produzir a finalidade propugnada pela norma em questão. Traduz-se em exigibilidade material, que reconhece a indispensabilidade da restrição, exigibilidade espacial, que delimita o âmbito de atuação, exigibilidade temporal, segundo a qual a medida coativa deve vigorar pelo menor espaço de tempo possível, e, por fim, exigibilidade pessoal, que determina o ato deve somente se destinar ao conjunto de pessoas cujos interesses devem ser restringidos ou sacrificados.⁶⁹

O exame da necessidade identifica, portanto, a obrigatoriedade de uma ingerência mínima no exercício do direito fundamental pelo seu titular e a comparação entre as medidas restritivas anteriormente consideradas adequadas

⁶⁹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html>. Acesso em: 18dez 2008. Ver também CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 130, nota nº 271.

para verificar concretamente qual dentre elas é menos gravosa ou restringe em menor escala o direito em questão.

Somente após a superação relativamente à necessidade da medida é que será possível seguir à fase subsequente de análise da proporcionalidade em sentido estrito.

6.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

O exame de proporcionalidade em sentido estrito se traduz na ponderação, no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.⁷⁰ Nesta fase, analisar-se-á o equilíbrio entre eventuais danos causados (carga coativa) e as vantagens (benefício social) decorrentes do atingimento do objetivo pretendido.⁷¹ O resultado obtido com o ato estatal deve ser proporcional a carga coativa, ou seja, deve haver correspondência entre meio e fim.

Faz-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção da medida? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Trata-se de ponderação entre o gravame imposto e o benefício trazido. Busca-se, com isso, aferir o equilíbrio entre os eventuais danos causados ao cidadão e as vantagens decorrentes do atingimento da finalidade pretendida. Realiza-se o sopesamento entre a intensidade da restrição a um direito atingido e a importância da realização de outro direito que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida. Para que seja considerada desproporcional não é necessário que a medida não realize um direito fundamental ou atinja seu núcleo essencial, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito atingido.

Nesse momento, os meios e os fins são equacionados mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se de uma análise da justa medida.⁷² Busca-se, com essa análise, estabelecer uma correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado que seja juridicamente a melhor possível.

Diferencia-se do exame de necessidade, no sentido de que enquanto neste se busca a otimização com relação às possibilidades fáticas, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, busca-se a otimização de possibilidades jurídicas.⁷³

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 798, abril/2002, p. 40.

⁷¹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo. Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 131.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 263.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 112-113.

7 CONCLUSÃO

A proporcionalidade decorre de uma posição teórica relativamente à estrutura dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não absolutos e ilimitados. A limitação desses direitos decorre de vários fatores, tais quais a própria sociabilidade humana, seu desenvolvimento sob uma perspectiva histórica e seu aspecto dogmático-constitucional. Sua limitação determina o alcance material do direito fundamental.

Verifica-se a ocorrência, *in concreto*, de conflitos entre direitos fundamentais, denominados colisão. Diante de sua ocorrência, a proporcionalidade se apresenta como um método racional, aplicável em uma análise concreta de um relação meio-fim, que estrutura o procedimento de determinar a prevalência de um direito ou bem jurídico em detrimento de outro, solucionando o conflito, de modo a impor ao Estado uma atuação proporcional nos casos de restrição a direitos fundamentais, tendo em vista sua otimização.

Primeiramente, foi possível concluir, neste trabalho, que a depender do critério distintivo entre normas jurídicas (princípios e regras) adotado, pode-se classificar a proporcionalidade em regra ou princípio. Caso se adote o critério que tem por base a estrutura de aplicação de tais normas, sem analisar, contudo, a sua importância no ordenamento, o seu caráter fundamental, é possível classificar a proporcionalidade como uma regra. Caso seja adotado o critério que tem por base o grau de abstração e de fundamentalidade das normas jurídicas, pode-se classificar a proporcionalidade como um princípio.

Outro ponto importante é referente à identidade ou diferença entre proporcionalidade e razoabilidade. Conclui-se, que são conceitos jurídicos distintos, pois possuem origem histórica diversa e estruturas completamente diferentes.

Atribui-se à razoabilidade origem anglo-saxônica, inicialmente ligada à noção de irrazoabilidade, e à proporcionalidade origem desenvolvimento analítico e ordenado do direito alemão e da jurisprudência do tribunal constitucional deste país. Quanto à estrutura, a razoabilidade refere-se a uma relação entre a medida adotada e o critério da norma, possuindo uma forma de aplicação muito mais flexível se comparada à proporcionalidade, relação entre o meio adotado e o fim pretendido, que exige a submissão aos seus elementos com observação a uma determinada ordem (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) tendo em vista a relação de subsidiariedade entre eles.

A conceituação estipulada para proporcionalidade e para razoabilidade evidencia que são fenômenos jurídicos distintos a serem compreendidos. Utilizá-los com sinônimos, ao invés de clarificar ou explicar, acaba por confundir. Tratar fenômenos diversos empregando um só termo dificulta a interpretação e a aplicação do Direito, impede a fundamentação baseada em critérios racionais, limita a possibilidade de controle das decisões.

A clarificação de definições das categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito promove certeza e segurança jurídica. Um sistema jurídico é mais coerente quando as conexões entre os seus elementos são mais específicas. E foi nesse sentido, de buscar melhor esclarecer o conteúdo da proporcionalidade, que foi desenvolvido este trabalho.

8 REFERÊNCIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 10/01/2009.

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

BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <http://www.jurisnet-rn.com.br>. Acesso em 18/12/2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: JusPODIVIM, 2008.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001.

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 em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10/01/2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio Del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, volume 798, abril/2002.

_____. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Coord.: Paulo Bonavides, n. 1, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html>. Acesso em: 18 dez. 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.