

## **A REGRA DA PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE<sup>1</sup>**

### *THE RULE OF THE PROPORTIONALITY AND THE PRINCIPLE OF REASONABLENESS*

**Karina Roberto<sup>2</sup>**

**Nelson Finotti Silva<sup>3</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Princípios e regras; 1.1 Noções gerais; 1.2 Princípios; 1.3 Regras; 2 A proporcionalidade; 2.1 Origem histórica, conceito e fundamentos; 2.2 As sub-regras da proporcionalidade; 2.2.1 Adequação; 2.2.2 Necessidade; 2.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito; 3 A razoabilidade; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

#### **RESUMO**

A proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito. No entanto, não está muito bem sedimentado na doutrina brasileira seu verdadeiro conceito e sua correta forma de utilização, pois há autores que misturam teorias diferentes, incompatíveis entre si, desencadeando certas confusões. Nesse sentido foi realizado o presente trabalho, com vistas a analisar a proporcionalidade e sua aplicação, tendo como fundamentos obras de autores nacionais e estrangeiros a respeito da distinção entre regras e princípios, inclusive para se chegar a uma posição se esta é sinônimo ou não da razoabilidade, como sustentam alguns. Ao final, concluiu-se que a proporcionalidade é uma regra, utilizada para solução de conflitos entre princípios por meio da aplicação de suas sub-regras, diferentemente da razoabilidade.

---

<sup>1</sup> Este trabalho é resultado de parte de uma pesquisa de iniciação científica fomentada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pelo Instituto Municipal de Ensino Superior de Catanduva, estado de São Paulo, Brasil. E-mail: karina.roberto@hotmail.com.br.

<sup>3</sup> Procurador do Estado de São Paulo, em exercício na Consultoria Jurídica da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto - FAMERP. Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca. Professor titular concursado da cadeira de processo civil da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Catanduva do curso de Pós-Graduação "latu sensu", professor da Pós-Graduação "stricto sensu" - Mestrado - da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha (UNIVEM - Centro Universitário Eurípedes de Marília), estado de São Paulo, Brasil. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. E-mail: nelson.finotti.silva@terra.com.br.

**PALAVRAS-CHAVES:** princípios; regras; proporcionalidade; razoabilidade; Constituição.

## **ABSTRACT**

Proportionality is a rule of interpretation and application of law. However, it is well settled in the Brazilian doctrine its true concept and the correct way to use because there are authors who mix different theories, incompatible with each other, triggering some confusion. In this sense the present work was undertaken, in order to assess the proportionality and its application, with the foundation works of national and foreign authors on the distinction between rules and principles, including to achieve a position if this is not the synonym or reasonableness, as some maintain. In the end, it was concluded that proportionality is a rule used to resolve conflicts between principles through application of its sub-rules, unlike reasonableness.

**KEY-WORDS:** principles; rules; proportionality; reasonableness; Constitution.

## **INTRODUÇÃO**

Ainda que no Brasil os debates não sejam recentes, a discussão entre princípios e regras está longe de acabar. Isto porque, muitos sustentam a tese de que entre ambos existe uma diferença de grau (grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade), enquanto outros sustentam uma tese oposta, a de que há uma separação qualitativa entre regras e princípios, sendo a distinção de caráter lógico. Nesta última corrente encontra-se Robert Alexy, cuja obra possui muita influência no país e que seguiremos no presente trabalho.

Há de ser observado também que os termos “princípio da proporcionalidade” e “princípio da razoabilidade” têm sido usados indistintamente, o que nos faz acreditar que tais expressões possuem equivalência.

Outro ponto controvertido diz respeito à sua fundamentação jurídico-positiva, sendo variadas as posições acerca do assunto.

Por tais motivos, necessário se faz delimitar a abrangência e a forma correta de aplicação da regra da proporcionalidade, bem como defini-la e apontar se existe ou não diferença entre o “princípio da razoabilidade”, visto que existem grandes

divergências nos estudos até então realizados e que referida regra vem sendo cada vez mais utilizada pelo judiciário brasileiro.

No decorrer do trabalho foram vários os métodos utilizados de acordo com os objetivos propostos. Para identificar as diferenças entre regras e princípios foi usado o método comparativo, confrontando conceitos de diferentes juristas acerca do tema. Esta mesma forma foi empregada para definir o conceito de regra da proporcionalidade. Por fim, o método dedutivo foi aplicado a fim de verificar se existe ou não diferença entre a proporcionalidade e a razoabilidade, utilizando como auxiliar o método histórico-evolutivo, investigando desde o surgimento da regra da proporcionalidade até os dias atuais.

Assim, abordaremos a questão da regra, ou princípio, da proporcionalidade, procurando deixar claro sua essencialidade no ordenamento jurídico brasileiro. Além do mais, procuramos também demonstrar sua correta forma de aplicação para que sua finalidade maior seja cumprida, qual seja, a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo.

## **1 PRINCÍPIOS E REGRAS**

### **1.1 Noções gerais**

Atualmente, após muitas discussões acerca do assunto, não há mais dúvidas quanto ao caráter normativo das regras e dos princípios. Entretanto, os critérios para distinção entre ambos não encontra a mesma unanimidade entre os doutrinadores.

Existe uma pluralidade de critérios sugeridos para se distinguir regras e princípios, dentre elas o critério do grau de abstração, grau de determinabilidade, caráter de fundamentalidade no sistema, proximidade da ideia de direito, natureza normogênica<sup>4</sup>, entre outros. No entanto, o que é utilizado com maior frequência, sem dúvida, é o da generalidade, segundo o qual os princípios

---

<sup>4</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 70, citado por Canotilho, Direito constitucional, 1992, p. 166-168.

possuem um grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo<sup>5</sup>.

Contudo, o melhor critério de distinção é aquele empregado por Robert Alexy, o qual afirma que entre regras e princípios existe não somente uma diferença de grau, mas uma diferença qualitativa. Esse será o critério adotado no presente trabalho, dentro do proposto, para se estabelecer tal distinção, pretendendo-se investigar se a proporcionalidade trata-se de uma regra ou de um princípio. Assim, não nos prenderemos a teorias e conceitos de outros autores, já que muitos deles optam por teorias completamente opostas à que será apresentada a seguir, evitando-se o chamado "sincretismo metodológico"<sup>6</sup>.

## 1.2 Princípios

Robert Alexy<sup>7</sup> ensina que princípios "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes", são, assim, mandamentos de otimização, possuindo caráter *prima facie*.

Quando ocorre colisão entre dois princípios distintos um terá que ceder, sem significar que esse seja declarado inválido, nem que deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Um princípio terá precedência ao outro em determinadas condições, já em condições diversas da anterior, o princípio cedente terá preferência<sup>8</sup>. Assim, as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso<sup>9</sup>.

Essa colisão deve ser solucionada por meio de um sopesamento entre os princípios colidentes. Dessa maneira se encontrará qual o princípio que tem maior peso diante do caso concreto<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

<sup>6</sup> Virgílio Afonso da Silva, em sua obra *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, nos mostra que o sincretismo metodológico consiste na adoção de teorias incompatíveis como se compatíveis fossem.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 93.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 94.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 95.

Para resolver a questão, Robert Alexy formula uma "lei de colisão". Chega a conclusão de que

se o princípio  $P^1$  tem precedência em face do princípio  $P^2$  sob condições  $C$ :  $(P^1 \succ P^2) \wedge C$ , e se do princípio  $P^1$ , sob as condições  $C$ , decorre a consequência jurídica  $R$ , então, vale uma regra que tem  $C$  como suporte fático e  $R$  como consequência jurídica:  $C \rightarrow R$ <sup>11</sup>.

Essa "lei de colisão" é um dos fundamentos da teoria dos princípios defendida por Robert Alexy.

Uma característica importante, tanto das regras quanto dos princípios, é seu caráter *prima facie*. Como foi dito anteriormente, os princípios exigem que algo seja realizado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, não contendo, assim, um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

Um princípio cede lugar quando se confere um peso maior ao princípio antagônico em conflito. Diante de um fortalecimento de seu caráter *prima facie*, os princípios obtêm um caráter *prima facie* diferente dos das regras<sup>12</sup>. É possível o fortalecimento "por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios<sup>13</sup>", não interessando se tais regras sobre ônus argumentativo são corretas. Constata-se que a aceitação de uma carga argumentativa em determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras.

A distinção entre regras e princípios fica clara quando analisamos as formas de soluções de colisões entre princípios e conflitos entre regras, pois se diferenciam completamente. A solução dos conflitos entre regras será feita a seguir.

### 1.3 Regras

Regras expressam deveres definitivos, "se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos<sup>14</sup>".

---

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 99.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 105.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 105-106.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 91.

Leciona Robert Alexy que nos casos de conflitos entre regras a solução é introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção, eliminando o conflito, ou que uma das regras seja declarada inválida. Quando não for possível a introdução de uma cláusula de exceção, uma das regras, necessariamente, deverá ser invalidada, pois é impossível que duas regras contraditórias entre si sejam válidas<sup>15</sup>.

Nesse caso, para saber qual das regras deve ser considerada válida é possível a aplicação de outras regras, como a que preceitua que a lei posterior derroga a anterior, a lei especial derroga a lei geral, ou de acordo com a importância de cada uma<sup>16</sup>. Importante ressaltar que esses conflitos, segundo Robert Alexy, ocorrem na dimensão da validade.

As regras exigem que seja feito exatamente aquilo que é ordenado por elas, possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo. Diante das possibilidades jurídicas e fáticas essa determinação pode falhar, porém, se isso não ocorrer, então valerá aquilo que a regra prescreve<sup>17</sup>.

Com isso poderia se imaginar que as regras possuem sempre um mesmo caráter definitivo, no entanto, quando se introduz uma cláusula de exceção para decisão de certo caso, a regra perde seu caráter definitivo. A introdução dessa cláusula pode ocorrer até mesmo em virtude de um princípio. Se isso é permitido, as regras adquirem um caráter *prima facie*, porém, diferente do caráter *prima facie* dos princípios<sup>18</sup>.

Uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas, para tanto devem ser denominados 'princípios formais'<sup>19</sup>.

Continua Robert Alexy:

---

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 92.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 93.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 104.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 104-105.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 105.

Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios - o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras - é que as regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*<sup>20</sup>.

Entretanto, como o analisado acima sobre o caráter *prima facie* dos princípios, regras e princípios continuam a ter um caráter *prima facie* distintos.

## 2 A PROPORCIONALIDADE

### 2.1 Origem histórica, conceito e fundamentos

Diante da discussão explanada a respeito da distinção entre regras e princípios, chega-se a conclusão de que, de acordo com a teoria de Robert Alexy, a proporcionalidade não pode ser considerada um princípio, mas sim uma regra, porque, como nos mostra Virgílio Afonso da Silva<sup>21</sup>, “não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é constante, sem variações”, e para Humberto Ávila<sup>22</sup>, “não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência”.

A proporcionalidade e suas sub-regras, que serão estudadas adiante, são consideradas por Alexy como regras, pois não são sopesadas contra algo, ou são satisfeitas ou não são, sendo aplicadas por meio da subsunção, e somente regras são aplicadas por esse meio<sup>23</sup>. Portanto, a denominação mais correta e que será utilizada neste trabalho é regra da proporcionalidade.

---

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 105.

<sup>15</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, ano 91, abr. 2002, p. 25.

<sup>16</sup> ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf)> Acesso em 22 fev. 2010.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p.117, nota de rodapé 84.

Referida regra vem servindo cada vez mais como objeto de pesquisa entre os estudiosos do direito, haja vista sua crescente utilização como fundamento de decisões judiciais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque a Constituição Federal traz uma série de direitos fundamentais que, inicialmente, devem receber aplicação plena e eficaz. Contudo, nem sempre será possível a coexistência harmônica e simultânea do conjunto todo de direitos fundamentais<sup>24</sup>, sendo necessário estabelecer critérios para solução de conflito entre eles. Assim, no caso de colisão entre o direito à intimidade e a liberdade de informação, ambos consagrados igualmente pela Constituição, qual deverá prevalecer? E na hipótese de conflito entre a proteção do consumidor e a livre iniciativa? Ou ainda, no caso concreto, qual direito terá maior “peso”, o direito à efetividade do processo ou o direito à segurança jurídica<sup>25</sup>? Será correto afirmar que o interesse público sempre deve ter prevalência sobre o interesse privado<sup>26</sup>? Diante das inúmeras hipóteses de conflito entre direitos fundamentais como demonstrado acima e das dificuldades práticas que podem surgir, é a correta aplicação da regra da proporcionalidade que poderá solucionar todos esses conflitos, por isso ela se faz imprescindível para harmonia de todo universo jurídico.

Para corroborar com a afirmação acima, Paulo Bonavides<sup>27</sup> esclarece a atual importância da regra da proporcionalidade:

(...) urge quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial. Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizados, com as necessidades atualizadoras de um

---

<sup>24</sup> ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais**. *Ajuris*, Porto Alegre, v.XXII, n. 64, jul. 1995. p. 396.

<sup>25</sup> Cf. ZAVASKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais**. p. 395-417.

<sup>26</sup> Cf. PEDRON, Flávio Quinaud. **A solução do conflito entre princípios pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a técnica da proporcionalidade**. *Revista dos Tribunais*, v. 875, ano 97, p. 54-73, set. 2008.

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.395.



Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.

Willis Santiago Guerra Filho chega<sup>28</sup>, assim, a descrevê-lo:

(...) para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, havemos de considerar “o princípio dos princípios”. O princípio da proporcionalidade. (...) aos poucos é que estudiosos do direito constitucional e demais ramos do direito vão se dando conta da necessidade, intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, de se reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade.

Considerada sua relevância, oportuno agora conhecer sua origem.

No que tange à sua origem histórica não há consenso entre os doutrinadores. Para os que entendem a regra da proporcionalidade como sinônimo do princípio da razoabilidade, sua origem teve início na Inglaterra com a Magna Carta de 1215. Conforme será explicado mais adiante, proporcionalidade e razoabilidade são normas distintas, além de ser questionável a afirmação acima de que a razoabilidade tenha origem na Carta Magna, pois nesse documento falava-se em irrazoabilidade com sentido diferente de princípio da razoabilidade<sup>29</sup>.

Para outros doutrinadores<sup>30</sup>, sua origem e desenvolvimento encontram-se ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, ocorrida com o surgimento do Estado de Direito burguês na Europa, remontando aos séculos XII e XVIII com o nascimento das teorias jusnaturalistas na Inglaterra e a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito<sup>31</sup>. Assim, o princípio da

---

<sup>28</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Os princípios da isonomia e proporcionalidade como garantias fundamentais**. Ciência jurídica, v. 68, p. 300, mar/abr. 1996.

<sup>29</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 29.

<sup>30</sup> Cf. SOUZA, Carlos Affonso Pereira; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade**: uma abordagem constitucional. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/15076/public/15076-15077-1-PB.pdf>>.

<sup>31</sup> BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Livraria Jurídica, 1996, p. 34 e ss., citado por SOUZA, Carlos Affonso Pereira; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade**: uma abordagem constitucional. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/15076/public/15076-15077-1-PB.pdf>> p. 11.

proporcionalidade teria nascido no âmbito do direito administrativo e sido inserido no campo do direito constitucional pelas revoluções burguesas do século XVIII<sup>32</sup>.

Contudo, a regra da proporcionalidade teve sua origem depois da II Guerra Mundial, na qual a jurisprudência europeia iniciou um movimento a fim de controlar a razoabilidade dos atos legislativos rompendo o dogma da intangibilidade do legislador<sup>33</sup>. Foi com o trabalho jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão que se desenvolveu, tal como a conhecemos hoje, a regra da proporcionalidade e suas sub-regras, que remonta ao final da década de 50.

Cabe salientar que antes dos anos 50, já havia um conceito de proporcionalidade na teoria jurídica alemã, porém abarcava o que atualmente é entendido como sub-regra da necessidade, já pressupondo, entretanto, a sub-regra da adequação<sup>34</sup>. Foi em 1958, depois do Caso das Farmácias<sup>35</sup>, que o emprego da regra se tornou mais frequente e aplicado de forma mais coerente.

Quanto ao seu conceito também há controversas. À regra da proporcionalidade é constantemente atribuída a definição de princípio da razoabilidade, sendo com ele confundido pelos tribunais e juristas brasileiros. Luís Roberto Barroso<sup>36</sup>, por exemplo, ressalta que

(...) a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que

---

<sup>32</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade**: uma abordagem constitucional. p. 12.

<sup>33</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 168.

<sup>34</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. p. 170.

<sup>35</sup> "Tratava-se de uma lei da Bavária que restringia o número de farmácias em uma comunidade, condicionando a concessão de licenças para a abertura de novas farmácias à demonstração de que elas seriam comercialmente viáveis e que não causariam problemas econômicos para os competidores da região. Essa lei foi invocada em 1955, para impedir que um farmacêutico recentemente imigrado da Alemanha Oriental pudesse estabelecer seu negócio. Tendo seu pedido de licença negado pela administração local, o farmacêutico dirigiu ao BVerfG uma reclamação constitucional, argüindo a inconstitucionalidade da lei em que ela se baseava, pois ela feria o direito constitucional de livre iniciativa (...). Percebe-se, dessa forma, que a lei que restringia a possibilidade de estabelecimento de novas farmácias foi considerada inconstitucional porque a restrição que ela impunha no direito fundamental da livre iniciativa não era adequada à garantia do interesse público ligado ao caso – a defesa da saúde pública". COSTA, Alexandre Araújo. O controle de razoabilidade no direito comparado. p.136-140.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

em linhas gerais mantêm uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade.

Essas duas expressões, no entanto, não devem ser tomadas como sinônimas. Apesar de terem objetivos semelhantes, a estrutura e o critério com que cada uma é aplicada são diferentes, sendo a proporcionalidade muito mais do que apenas a adequação dos meios ao fim. Ela deve ser entendida como instrumento de interpretação do direito, que segundo Paulo Bonavides<sup>37</sup> é uma de suas aplicações mais proveitosas.

Para Virgílio Afonso da Silva<sup>38</sup> a regra da proporcionalidade

É uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais –, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições.

É, portanto, meio utilizado para dirimir colisões entre princípios ou direitos fundamentais através de uma estrutura racionalmente definida de sub-regras aplicáveis quando da análise dos atos emanados do poder estatal que limitam esses direitos.

A proporcionalidade (“*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*”) determina que um meio deva ser adequado, necessário – isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo – e não deva ficar sem relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> “Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 386-387.

<sup>38</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 24.

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. p. 27.

Assim, para o controle de leis restritivas de direitos fundamentais é indispensável submeter a norma ao exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, observando-se uma ordem pré-definida entre essas sub-regras da proporcionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>40</sup> ressalta que a Corte Constitucional Alemã entende que as decisões tomadas pela administração ou pela justiça com base na lei submetem-se também ao controle da proporcionalidade. Desse modo, qualquer medida que afete os direitos fundamentais do indivíduo há de se mostrar compatível com tal regra. Para o autor, “essa solução parece irrepreensível na maioria dos casos, especialmente naqueles que envolvem normas de conformação extremamente aberta (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas)”.

Note-se que a regra da proporcionalidade se difere do princípio da razoabilidade, pois este será utilizado sempre que for necessária a verificação de compatibilidade entre o meio escolhido e o fim visado pelo poder público para constatação de abuso de poder ou limitação desnecessária aos direitos e garantias individuais, conceito que será melhor estudado em capítulo próprio.

É do modo de solução do conflito entre princípios que se induz a regra da proporcionalidade, sendo necessário averiguar qual dos princípios colidentes terá maior peso e que deverá prevalecer no caso concreto.

Utilizando a lei de colisão apresentada por Alexy<sup>41</sup>, o resultado final do sopesamento será a formulação de uma regra de precedência condicionada entre os princípios conflitantes depois de consideradas as condições fáticas e jurídicas do caso. Em outras palavras,

isto significa que quando um tribunal diz que em um determinado caso (ou seja, sob dadas condições fáticas) um princípio precede ao outro, ele diz, em essência, haver uma regra (que deve ser aplicada de modo incondicional e absoluto) que manda aplicar, naquele caso, aquele princípio. A ponderação dos princípios implica a existência de uma regra segundo a qual em toda situação em que o

---

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf)> Acesso em 22 fev. 2010.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 94-99.

condicionamento jurídico e o condicionamento fático forem exatamente os mesmos, prevalecerá sempre um único e mesmo princípio<sup>42</sup>.

Exemplificando a questão, Humberto Ávila<sup>43</sup> toma como referência uma decisão do Supremo Tribunal Federal. No julgado decidiu-se que

(...) não se pode, por pretensão de terceiro, constranger o pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA, já que “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria<sup>44</sup>”. Neste caso, foi decidido que, nas circunstâncias (um sujeito é constrangido por terceiro que pretende judicialmente ser declarado não pai de uma criança), adotar a medida (constrangimento à realização do exame de DNA) implicaria não realizar a dignidade humana. A medida foi considerada desproporcional em relação ao seu fim (porque implicava a não realização substancial de outro bem protegido por princípio fundamental).

Do caso exposto pode-se formular a seguinte regra: “uma perícia judicial é vedada sempre que da sua realização decorrer afronta à dignidade pessoal de outrem<sup>45</sup>”.

Por conseguinte, o meio escolhido para realização do objetivo buscado da situação acima foi considerado desproporcional, pois implicava a não realização de outro princípio (dignidade humana, art. 1º, III, da CF) que, diante das condições existentes, apresentou um peso maior em relação ao princípio colidente, qual seja, a proteção judicial da pessoa (art. 5º, XXXV, da CF).

Agora, depois de estabelecido o conceito geral da regra da proporcionalidade necessário se faz encontrar seu fundamento jurídico-positivo no direito brasileiro. São variadas as posições acerca do assunto. Parte da doutrina entende que seu fundamento encontra-se no princípio do Estado de Direito; outros dizem que está em dispositivos que mencionam a palavra proporcional; há quem afirme que a

---

<sup>42</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. **Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos**: uma contribuição da obra de Alexy. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 134-142, 2º semestre/1998.

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. p. 11.

<sup>44</sup> Habeas Corpus nº 76060 – SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44.

<sup>45</sup> ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. p. 11.

proporcionalidade fundamenta-se no art. 5º, § 2º da Constituição Federal; ou ainda em diversos outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, os arts. 1º, *caput*; 1º, II; 1º, III; 5º, II; 5º, XXXV, da CF<sup>46</sup>.

Porém, no entender de Robert Alexy, e que parece ser o fundamento mais acertado, a própria "natureza dos princípios implica a regra da proporcionalidade, e essa implica aquela<sup>47</sup>". Quando se admite que alguns direitos fundamentais possuem caráter de princípios, reconhece-se que eles são mandamentos de otimização, ou seja, normas que obrigam que algo seja realizado a maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas.

A sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Já as sub-regras da adequação e da necessidade são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. Tanto o dever de otimização das possibilidades jurídicas como das possibilidades fáticas depende da análise da proporcionalidade, por isso dizer que esta decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais<sup>48</sup>.

Essa questão será mais bem compreendida depois da análise dos elementos da regra da proporcionalidade - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - que será feita a seguir.

## 2.2 As sub-regras da proporcionalidade

Antes de se aprofundar o estudo acerca das sub-regras da proporcionalidade, necessário se faz algumas considerações importantes.

Virgílio Afonso da Silva<sup>49</sup> ensina que, apesar da subdivisão da regra da proporcionalidade ser bem salientada pela doutrina pátria, esta, muitas vezes, não parece analisá-la de maneira a torná-la compreensível e aplicável na prática jurisprudencial, sendo fornecido apenas um conceito sintético de cada uma das sub-regras, sem que se analise a relação entre elas, nem a forma de aplicá-las.

---

<sup>46</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 42-43.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 116.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 116-120.

<sup>49</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 34.

Uma regra essencial que deve ser observada para a correta aplicação dos elementos da proporcionalidade é a ordem pré-definida em que se relacionam<sup>50</sup>. Assim, “a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito<sup>51</sup>”.

Isso significa que a sub-regra da necessidade somente será exigível se o caso já não tiver sido solucionado com a análise da adequação; e o exame da proporcionalidade apenas será imprescindível se o problema já não tiver sido resolvido com os exames da adequação e necessidade. Desse modo, a questão pode ser encerrada com a simples análise da adequação, quando se constatar que os meios escolhidos não são capazes de promover os objetivos visados.

Portanto, sempre que as sub-regras da proporcionalidade forem utilizadas, deve-se observar a relação de subsidiariedade entre elas, pois “é justamente na relação de subsidiariedade que reside a razão de ser da divisão em sub-regras<sup>52</sup>”.

### **2.2.1 Adequação**

A primeira sub-regra a ser analisada quando do exame da proporcionalidade de um ato estatal é a adequação.

A adequação diz respeito “ao meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado<sup>53</sup>”. Virgílio Afonso da Silva<sup>54</sup> chama a atenção para como deve ser traduzido o verbo *fordern*, usado pelo Tribunal Constitucional Alemão com o sentido de fomentar, promover, e não com o sentido de alcançar, como é comumente traduzido pelos doutrinadores brasileiros. “Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido<sup>55</sup>”.

---

<sup>50</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 34.

<sup>51</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 34.

<sup>52</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 34.

<sup>53</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 36.

<sup>54</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 36.

<sup>55</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 36-37.

Para explicar melhor a forma de aplicar a sub-regra da adequação, Alexy<sup>56</sup> usa como exemplo um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha<sup>57</sup>.

Em jogo estavam dois princípios: o da liberdade profissional ( $P_1$ ) e o da proteção ao consumidor ( $P_2$ ). Por inexistência de adequação, a medida adotada ( $M$ ) – a exigência de demonstração de competência comercial – não é capaz de fomentar  $P_2$ , mas embaraça a realização de  $P_1$ . Nessa situação, não há custos nem para  $P_1$ , nem para  $P_2$ , caso  $M$  não seja adotada, mas há custos para  $P_1$  se  $M$  for adotada.  $P_1$  e  $P_2$ , se considerados em conjunto, são realizados em maior grau – relativamente às possibilidades fáticas – se se abrir mão de  $M$ . Por conseguinte,  $P_1$  e  $P_2$ , considerados conjuntamente, proíbem a adoção de  $M$ . Isso nada mais é que a expressão da idéia de eficiência de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada.

Esse Tribunal julgou ser a exigência de uma prova de *expertise* para qualquer comércio de qualquer mercadoria, incluindo a exploração de máquinas automáticas de vender cigarros, uma violação a liberdade profissional, baseando-se no fato de que a exigência de uma prova de competência comercial nesse caso não é adequada para proteger o consumidor contra prejuízos a sua saúde ou econômicos<sup>58</sup>.

A adequação exprime que o meio escolhido deve ser apto a alcançar, ou pelo menos fomentar, o fim desejado. Caso se constate que o meio não é capaz de realizar em nada o objetivo, ele deve ser considerado inadequado, portanto, a medida será desproporcional.

Outro exemplo prático que ajudará à melhor compreensão do tema, dessa vez utilizado por Virgílio Afonso da Silva<sup>59</sup>, é o julgamento da ADIn 855-2, pesagem de botijões de gás, pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 589.

<sup>57</sup> O julgamento dizia respeito a um cabeleireiro que colocou, sem permissão, uma máquina de venda automática de cigarros em seu estabelecimento. Uma lei exigia uma permissão, que somente seria concedida se o requerente demonstrasse a necessária *expertise*, a qual somente poderia ser obtida por meio de um curso profissionalizante como comerciante, de uma prática comercial de muitos anos ou de um exame especial, em que seriam testados conhecimentos técnico-comerciais. Diante disso, a administração impôs uma multa ao cabeleireiro por descumprimento da lei. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 588-589.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 589.

<sup>59</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 37.



A Lei nº 10.248/93 do Estado do Paraná, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, com o objetivo de proteger o consumidor, determinava que botijões de gás fossem pesados na presença destes para possível ressarcimento ou abatimento no preço do botijão novo caso houvesse variações no peso ou sobras de gás no botijão devolvido. A autora da ação alegou, além de vícios de competência, violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa alegação foi aceita pelo STF, porém, sem qualquer análise sobre a adequação da medida adotada, que simplesmente seria indagar se a medida empregada promoveria a defesa do consumidor<sup>60</sup>.

O Tribunal considerou a medida inadequada baseado em parecer do Inmetro que enumerou diversos empecilhos, como a possibilidade de a balança extremamente sensível para pesagem dos botijões acarretar desregulagem e o impedimento do consumidor de adquirir o botijão em lugar distante do veículo. Porém, feito um exame mais profundo, os empecilhos apresentados não alteravam em nada a efetividade da medida. Se a balança desregula-se facilmente, basta um controle por parte do poder público e se o consumidor tem que andar até o veículo para acompanhar a pesagem isso pode até ser considerado incômodo, mas não inadequado<sup>61</sup>. "A medida pode, portanto, ser considerada adequada para promover a defesa do consumidor, porque fomenta a realização dos fins visados<sup>62</sup>".

### 2.2.2 Necessidade

Passando-se ao crivo da adequação, deve ser feito o exame da necessidade do ato estatal. A sub-regra da necessidade consiste no

(...) emprego do meio mais hábil para atingir o fim desejado, e, para tanto, deve-se escolher dentre os meios adequados o que menos danos causar aos interessados, ou ainda, menores conseqüências negativas. Isto significa dizer que cabe examinar se não é possível adotar outra medida

---

<sup>60</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 38.

<sup>61</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 38.

<sup>62</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 38.

menos gravosa para atingir o mesmo objetivo ou alcançar resultado melhor<sup>63</sup>.

Desse modo, dentre as várias medidas adequadas para fomentar, com a mesma intensidade, os objetivos buscados, deve o poder público escolher aquela menos lesiva ao direito fundamental ofendido.

É a exigência de que o Estado escolha a solução, dentre as várias possíveis, que traga menor desvantagem para os titulares dos direitos atingidos<sup>64</sup>.

A necessidade do meio significa que é ele, entre os que poderiam ser escolhidos *in abstracto*, aquele que melhor satisfaz *in concreto* – com menos custos, nuns casos, e com mais benefícios, noutros – a realização do fim; e, assim, é essa providência, essa decisão que deve ser adoptada<sup>65</sup>.

Fazendo uso novamente de um caso que diz respeito a uma colisão entre a liberdade profissional e a proteção do consumidor, Alexy<sup>66</sup> cita como exemplo o Caso dos Confeitos de Chocolate, no qual se discutia uma portaria do Ministério para a Juventude, Família e Saúde da Alemanha que continha a proibição de comercialização de doces que eram feitos de flocos de arroz, mas que podiam ser confundidos com confeitos de chocolate. Essa portaria tinha por objetivo evitar que os consumidores se enganassem e comprassem um produto diverso do que eles desejavam.

O Tribunal alemão julgou que, apesar de a proibição de comercialização ser adequada para proteger o consumidor, ela não seria necessária. Uma medida igualmente adequada, como identificação no rótulo do produto, poderia combater o risco de confusões e equívocos de maneira igualmente eficaz e menos invasiva<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> LUZ, Ebe Pimentel Gomes. **O princípio da proporcionalidade na administração pública e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Trabalho apresentado à disciplina Direito Administrativo do Curso de Doutorado da Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007/2008, p. 47.

<sup>64</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 141.

<sup>65</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 285.

<sup>66</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 590.

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 590.

Explicando melhor o problema, Alexy<sup>68</sup> continua:

O princípio da proteção do consumidor ( $P_2$ ) é satisfeito de forma similar pelo dever de identificação no rótulo ( $M_1$ ) e pela proibição de comercialização ( $M_2$ ). Assim, para  $P_2$  é indiferente se se adota  $M_1$  ou  $M_2$ . Mas isso não é assim para o caso da liberdade profissional ( $P_1$ ).  $M_2$  intervém em  $P_1$  de forma muito mais intensa que  $M_1$ . Em face das possibilidades fáticas ( $M_1$  ou  $M_2$ ),  $P_1$  é satisfeito em um grau maior com escolha de  $M_1$  que com a escolha de  $M_2$  sem que, com isso, surjam custos para  $P_2$ . Por isso, a otimização de  $P_1$  e  $P_2$  veda a utilização de  $M_2$ . Nesse sentido, também a máxima da necessidade é expressão da idéia de eficiência de Pareto. (...). Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.

Virgílio Afonso da Silva<sup>69</sup>, analisando o julgamento da ADIn 855-2, pesagem de botijões de gás, acima referida, verificou, primeiramente, qual direito fundamental estava sendo restringido, para, posteriormente, perquirir sobre a existência de medidas alternativas que protejam o consumidor, porém restringindo em menor intensidade o direito em questão.

Para a autora da ação a restrição, portanto, seria da liberdade de iniciativa, pois a "produção de balanças exigiria investir muitos recursos em tecnologia, o que poderia levar à ruína econômica das empresas distribuidoras<sup>70</sup>". E sugeriu-se como medida alternativa o controle do peso dos botijões por amostragem, realizado pelo poder público. Mas, para Virgílio Afonso da Silva<sup>71</sup>, esta última solução não é suficiente para considerar desnecessária a medida de pesagem na frente do consumidor, porque para a norma atingir o seu objetivo, proteção do consumidor, a exigência de pesagem é certamente mais eficiente do que o controle por amostragem, razão pela qual o ato estatal pode ser considerado como necessário, nos termos da regra da proporcionalidade<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. P. 590.

<sup>69</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 39.

<sup>70</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 39.

<sup>71</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 40.

<sup>72</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 40.

### 2.2.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A terceira e última sub-regra da proporcionalidade que deve ser verificada é a proporcionalidade em sentido estrito, "que consiste em um 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<sup>73</sup>". É a ponderação entre os benefícios que seriam obtidos com o ato e os danos decorrentes de sua adoção.

Em outras palavras,

(...) a proporcionalidade *stricto sensu* equivale a justa medida. Implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos), de tal jeito que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido – nem mais, nem menos<sup>74</sup>.

No caso da ADIn 855-2, a exigência de pesagem de botijões de gás passou pelo exame da adequação e da necessidade. Para verificar se ela igualmente passa pela análise da proporcionalidade em sentido estrito deve-se questionar se a proteção ao consumidor justifica a limitação à liberdade de iniciativa<sup>75</sup>.

Para que a medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, os motivos que fundamentam sua adoção não deverão ter peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Dessa maneira, a medida será desproporcional se a importância da realização do direito fundamental não for suficiente para justificá-la<sup>76</sup>.

Na situação acima, a proteção ao consumidor parece ter um peso maior do que uma restrição à liberdade de iniciativa, passando, portanto, pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, o ato estatal que exigia a pesagem de botijões de gás na presença do consumidor deveria ser considerado proporcional, no entanto o STF julgou de forma diversa<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 40.

<sup>74</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. p. 285.

<sup>75</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 41.

<sup>76</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 41.

<sup>77</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. p. 41.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que uma medida é proporcional quando o meio escolhido é capaz de fomentar o objetivo pretendido, devendo ser, dos que se mostram hábeis, aquele que causar menos danos e mais benefícios e que a importância de sua realização tenha peso suficiente para justificá-la sem restringir excessivamente outro direito fundamental.

### **3 A RAZOABILIDADE**

Não é raro encontrar na doutrina e jurisprudência pátrias a utilização do termo princípio da razoabilidade tomado como sinônimo da regra, ou princípio, da proporcionalidade. No entanto, ambos se diferem tanto quanto à origem como quanto à estrutura e forma de aplicação.

Apesar dessas diferenças, tanto a proporcionalidade como a razoabilidade tem por objetivo limitar o poder estatal, autorizando o judiciário a ingressar em matérias do legislativo e do executivo para suprimir as medidas por estes adotadas quando se mostrarem desarrazoadas e desproporcionais<sup>78</sup>.

A proporcionalidade passou a desempenhar na Alemanha o mesmo papel que o princípio da razoabilidade desempenhava nos Estados Unidos, defendendo os direitos fundamentais de restrições excessivas, descabidas ou desnecessárias<sup>79</sup>, porém ganhando uma estrutura racionalmente definida.

Quanto à origem o princípio da razoabilidade teve início e desenvolvimento ligado à garantia do devido processo legal, o que se deu, modernamente, através da promulgação das emendas 5ª e 14ª<sup>80</sup> da Constituição norte-americana<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> SLERCA, Eduardo. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31.

<sup>79</sup> SLERCA, Eduardo. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. p. 90-91.

<sup>80</sup> As emendas 5ª e 14ª foram introduzidas na Constituição norte-americana em 1789 e 1868, respectivamente.

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 218. "As dez primeiras emendas, conhecidas como Bill of Rights, foram aprovadas em 15-12-1791. A 5ª emenda estabeleceu que "ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal". O preceito vinculava apenas o Governo Federal. Somente a 14ª emenda, aprovada em 21-7-1868, já após a guerra civil, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: "Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal". (nota de rodapé n. 165).

Para melhor entender a matéria, necessário um breve esboço histórico do devido processo antes de adentrar ao estudo da razoabilidade no direito brasileiro.

O devido processo legal nos Estados Unidos pode ser dividido em duas fases: a primeira com caráter processual (*procedural due process*), e a segunda de cunho substantivo (*substantive due process*)<sup>82</sup>. “No aspecto procedimental, o devido processo consiste na garantia de que um ato estatal apenas será válido quando for fruto de um processo adequado (*a fair process*) de tomada de decisão<sup>83</sup>”. Nessa fase rejeitava-se “qualquer conotação substantiva que permitisse ao judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo<sup>84</sup>”. Referia-se à exigência do contraditório, ampla defesa, direito a advogado etc.

Já o aspecto substantivo do devido processo, consistia “na garantia dos cidadãos contra atos estatais arbitrários, os quais, dentro da teoria do devido processo, são aqueles praticados sem a observância de padrões mínimos de razoabilidade<sup>85</sup>”. Para Luís Roberto Barroso<sup>86</sup>, essa versão substantiva do devido processo legal, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, se tornou importante meio de defesa dos direitos individuais, possibilitando o controle do arbítrio do legislativo e da discricionariedade governamental.

Com isso, pôde o judiciário intervir de forma mais profunda nos atos emanados do poder público, passando a reprimir os abusos, não somente quanto aos aspectos processuais, mas agora, também, quanto aos aspectos materiais do ato.

O desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process* marcam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável ao que se verifica quando da introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, com *Marbury vs. Madison*. É que através desse fundamento – o do devido processo legal – abriu-se

---

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 219.

<sup>83</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. p. 53.

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 219.

<sup>85</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. p. 53.

<sup>86</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 219.

um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade<sup>87</sup>.

O devido processo legal substantivo passou por três fases distintas na jurisprudência norte-americana: a primeira ocorreu do final do século XIX até a década de 30 com a sua ascensão e consolidação resultante do intervencionismo estatal na ordem econômica; a segunda ocasionou seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30, depois do advento do *New Deal*, após a crise de 1929; e a terceira com seu renascimento na década de 50, tendo como antecedente a distinção entre liberdades econômicas e não econômicas<sup>88</sup>.

Mas a consolidação do *substantive due process* ocorreu em 1905, com o julgamento pela Suprema Corte do caso *Lochner v. New York*<sup>89</sup>. Esse julgamento foi considerado o principal caso do devido processo substantivo, pois nele foram estabelecidos, pela primeira vez, os critérios pelos quais os atos estatais deveriam ser avaliados<sup>90</sup>.

"A corte afirmou com todas as letras que, para que uma lei que interfira nos direitos individuais seja válida, "a lei deve ter uma relação direta entre meios e fins, e a finalidade mesma precisa ser apropriada e legítima<sup>91</sup>".

Começou-se a partir daí uma época de grande ativismo judicial nos Estados Unidos. Porém, após muitas críticas às contradições internas que estavam ocorrendo e a necessidade de aprovação do *New Deal*, o devido processo legal substantivo entrou em declínio. A Corte deixa de substituir a discricionariedade do legislador pela sua e passa a afirmar uma nova fórmula ao devido processo: "a necessidade de uma adequação racional entre os meios e os fins eleitos pelo legislador<sup>92</sup>", transformando-se, assim, em controle de razoabilidade.

---

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 220.

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 220-222.

<sup>89</sup> O julgamento dizia respeito a uma lei do estado de Nova York que limitava em 10 horas diárias e 60 horas semanais o trabalho dos padeiros, sendo ela contestada judicialmente.

<sup>90</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. p. 56-57.

<sup>91</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. p. 56-57.

<sup>92</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. p. 85.

A razoabilidade, tendo como base o devido processo legal substantivo, "enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins<sup>93</sup>".

Para buscar caracterizar a razoabilidade dos atos do poder público em terreno mais sólido e elementos mais objetivos, Luís Roberto Barroso<sup>94</sup> a descreve dessa maneira:

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos.

O mesmo autor a divide em razoabilidade interna e externa. A razoabilidade interna é a aferida dentro da lei, é a existência de uma relação racional entre seus motivos, meios e fins. A razoabilidade externa é a adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto da Constituição. Se a lei contrariar valores Constitucionais será ela ilegítima e desarrazoada<sup>95</sup>.

No mesmo sentido José Joaquim Gomes Canotilho<sup>96</sup>:

(...) As hipóteses de **vícios de mérito** reconduzem-se, fundamentalmente, a duas categorias: (1) vícios de mérito porque o uso do poder legislativo no sentido de impor determinadas soluções é objectivamente inadmissível perante determinadas circunstâncias, violando-se regras e princípios constitucionais (princípio da igualdade, princípio da proibição de excesso, direitos, liberdades e garantias); (2) vícios de mérito por *irrazoabilidade da lei* captada através de um conjunto de manifestações (inconseqüência, incoerência,

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 220.

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 226.

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 226.

<sup>96</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, ano, p. 1300.



ilogicidade, arbitrariedade, contraditoriedade, completo afastamento do senso comum e da consciência ético-jurídica comunitária).

Embora se tenha feito referência principalmente ao controle de atos emanados do poder legislativo, a razoabilidade também deve ser observada tanto no âmbito do poder executivo quanto no âmbito do poder judiciário.

Na administração o controle judicial de razoabilidade somente poderá recair sobre os atos discricionários. O juiz deverá avaliar se a escolha do administrador está dentro dos critérios estabelecidos pela norma e se há juízo de conveniência e oportunidade<sup>97</sup>. Essa delimitação deve, da mesma forma, ser seguida quando da análise do ato legislativo, ou seja, feita em relação à atividade discricionária do legislador, observando-se sempre a adequação da medida com os princípios e valores constitucionais<sup>98</sup>.

O controle de razoabilidade dos atos do poder judiciário também deverá atuar no seu exercício de discricionariedade, que ocorre quando há possibilidade de optar por uma dentre as várias interpretações possíveis de uma norma<sup>99</sup>.

Por fim, cabe ressaltar, que embora não previsto expressamente no texto da nossa Constituição Federal de 1988, o princípio da razoabilidade teve uma trajetória retraída em nosso sistema jurídico devido ao apego excessivo ao dogma da separação de poderes<sup>100</sup>, no entanto, esse princípio vem sendo utilizado cada vez mais pelos tribunais brasileiros como fundamento para coibir a prática de atos arbitrários, seja de forma explícita ou implícita.

Interessante lembrar que sua previsão constou dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, quando se lia em seu art. 44:

A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade.

---

<sup>97</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. p. 36.

<sup>98</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. p. 43-44.

<sup>99</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. p. 47.

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 233.

Sua redação final, porém, foi modificada e exclui-se a menção ao princípio da razoabilidade. Mas foi inscrita, em seu art. 5º, inciso LIV, a cláusula do devido processo legal<sup>101</sup> que prescreve: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, da onde deve ser retirada sua fundamentação.

Para concluir, o princípio da razoabilidade será utilizado sempre que um ato emanado do poder público limite algum direito fundamental não se mostrando adequado para a realização de determinado fim. Desse modo, não seria razoável a medida que proíbe um delegado aprovado em concurso público de exercer essa profissão somente porque foi reprovado na prova de esforço físico, já que, como se sabe, são os agentes que desempenham as missões<sup>102</sup>.

Por sua vez, a regra da proporcionalidade será aplicada toda vez que dois princípios estiverem em conflito, verificando-se qual deles deverá prevalecer impedindo que se restrinja um que, no caso concreto, possui maior peso. Assim, diante do clássico exemplo do conflito entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão é preciso analisar se a medida tomada foi adequada, necessária e proporcional em sentido estrito tendo como base as peculiaridades de cada situação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Conclui-se que, diante da discussão entre regras e princípios, a proporcionalidade deve ser considerada uma regra, segundo a teoria de Robert Alexy, porque não é sopesada contra algo, mas aplicada por meio de subsunção.
2. A regra da proporcionalidade é regra de interpretação do direito, meio utilizado para solução de conflitos entre princípios fundamentais através de uma estrutura racionalmente definida de sub-regras aplicáveis contra atos emanados do poder estatal. Sua origem remonta ao final da década de 50, com o

---

<sup>101</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 237.

<sup>102</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 234. Remessa *ex officio* n. 110.873-DF. TFR, rel. Min. Washington Bolívar, DJU, 26 fev. 1987.

desenvolvimento jurisprudencial alemão, tornando-se tal como a conhecemos hoje.

3. Encontra fundamento na própria natureza dos direitos fundamentais, pois, quando se admite que alguns direitos fundamentais possuem caráter de princípios, reconhece-se que eles são mandamentos de otimização, ou seja, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Após o sopesamento entre os princípios colidentes, o resultado obtido será a formulação de uma regra de precedência entre eles.

4. Para o controle de leis restritivas de direitos fundamentais é indispensável submeter a norma ao exame dos elementos da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, observando-se uma ordem pré-definida e de subsidiariedade entre eles.

5. É comum a proporcionalidade ser entendida como sinônimo da razoabilidade, mas ambas se diferem tanto quanto à origem como pela estrutura e forma de aplicação. A razoabilidade teve sua origem ligada à garantia do devido processo legal nos Estados Unidos, e será usada sempre que for necessária a verificação de adequação entre o meio escolhido e o fim visado pelo poder público para constatação de abuso de poder ou limitação desnecessária aos direitos e garantias individuais.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf)> Acesso em 22 fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ROBERTO, Karina; SILVA, Nelson Finotti. A regra da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

\_\_\_\_\_. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF**. Brasília: Thesaurus, 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: uma contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 134-142, 2º semestre/1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Os princípios da isonomia e proporcionalidade como garantias fundamentais. **Revista Ciência jurídica**, v. 68, p. 297-304, mar/abr. 1996.

LUZ, Ebe Pimentel Gomes. **O princípio da proporcionalidade na administração pública e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Trabalho apresentado à disciplina Direito Administrativo do Curso de Doutorado da Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007/2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf) Acesso em 22 fev. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. A solução do conflito entre princípios pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a técnica da proporcionalidade. **Revista dos Tribunais**, v. 875, ano 97, p. 54-73, set. 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

SLERCA, Eduardo. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional**. Disponível em

ROBERTO, Karina; SILVA, Nelson Finotti. A regra da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/15076/public/15076-15077-1-PB.pdf>> Acesso em 23 fev. 2010.

ZAVASKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v.XXII, n. 64, p. 395-417, jul. 1995.