OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 82/2013 | p. 275 - 312 | Jan - Mar / 2013
DTR\2013\474

Anderson Ricardo Gomes
Especialista em Direito Tributário pela UnB. Mestrando em Direito pela Unimar - Universidade de Marília. Procurador da Fazenda Nacional em Marília-SP.

Rafael de Vasconcelos Taveira
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado.

Área do Direito: Constitucional; Administrativo
Resumo: Adotando-se o entendimento de que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são tratados no Brasil como sinônimos que identificam o mesmo fenômeno normativo, razão pela qual a doutrina e jurisprudência brasileira se referem a princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, aludida norma, embora não disponha de previsão literal no texto da Constituição Federal, é aceita no direito brasileiro como princípio constitucional, o que torna sua observância obrigatória por parte do Poder Público na realização de todo e qualquer ato que realize, seja político, administrativo ou mesmo judicial (eficácia vertical). Não se pode deixar de anotar que o princípio constitucional também é de observância coercitiva nas relações entre os particulares, manifestando nessas situações sua eficácia horizontal. Como corolário do status de norma constitucional e de sua coercitividade normativa, o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade consubstancia-se em parâmetro para a verificação de constitucionalidade das normasjurídicas inferiores à Constituição, sendo que a não adequação dessas ao princípio em comento caracteriza a chamada inconstitucionalidade material.

Palavras-chave: Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - Positivação constitucional - Controle de constitucionalidade.
Abstract: Adopting the view that the principles of reasonableness and proportionality in Brazil are treated as synonyms that identify the same phenomenon normative reason why the Brazilian doctrine and jurisprudence refer to the principle of proportionality or reasonableness, alluded norm, although does not have predictive text literal in the Federal Constitution is accepted in Brazilian law as a constitutional principle, which makes its obligatory observance by the Government in performing any and all acts that perform, whether political, administrative or judicial (effectiveness vertical). One cannot fail to note that the constitutional principle of observance is also coercive relationships between individuals, demonstrating its efficacy in these situations horizontal. As a corollary to the status of constitutional law and its normative coercivity, the principle of proportionality or reasonableness embodied in the parameter to check the constitutionality of legal norms inferior to the Constitution, and not the adequacy of these characterizes the principle under discussion called unconstitutional material.

Keywords: Principles of reasonableness and proportionality - Positivization constitutional - Judicial review.
Sumário:

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS - 2. NECESSIDADE AXIOLÓGICA OU VALORATIVA DE OS ATOS NORMATIVOS SEREM RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS - 3. NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS E REGRAS - 4. PRINCÍPIOS JURÍDICOS - 5. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - 6. DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE COMO PARADIGMA NORMATIVO PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL - 7. CONCLUSÃO - 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente escrito tem por objeto de análise a normatividade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no atual panorama jurídico brasileiro, esclarecendo as controvérsias que os cercam, bem como refletindo sobre a relevância prática que esses ostentam como mecanismos de formação

e manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Notar-se-á que, especialmente a partir do engajamento dos direitos fundamentais, tais princípios revelaram-se como preceitos normativos indispensáveis à ordem constitucional de um Estado, razão pela qual estes despertaram a atenção dos estudiosos do fenômeno jurídico nos últimos tempos, como bem se constata das lições de renomados juristas contemporâneos.

Destarte, muito embora não estejam expressamente previstos na Carta Magna (LGL\1988\3), os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade experimentaram nas últimas décadas grande desenvolvimento teórico, exaltando sua relevância como instrumentos de viabilização e proteção dos direitos fundamentais. Tal importância tem sido atribuída em todos os campos do direito, como bem se estabelece na doutrina, jurisprudência e na legislação.

Apesar de não terem sido redigidos no texto constitucional, os referidos princípios são amplamente reconhecidos pelo STF como mecanismos de delimitação e aplicação das demais normas, traçando os sentidos e alcance dessas.

Assim, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como sinônimos, operam no nosso sistema jurídico delimitando a atuação dos produtores dos enunciados normativos, sejam normas provenientes da atuação do Poder Judiciário, do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, a fim de evitar abusos ensejadores de qualquer forma de violação a direitos em um caso concreto.

É que, muitas vezes, valendo-se das suas atribuições, o criador da norma a concebe com uma certa pluralidade de sentidos, cabendo o intérprete perquirir o que melhor se amolda à sua finalidade precípua ou, ainda, quando constatado que o ato normativo está maculado frente à exorbitância do legislador, constituindo uma afronta aos preceitos constitucionais, em especial aos direitos fundamentais.

Há, pois, que existir uma congruência entre a necessidade da norma editada e a finalidade a ser atingida por meio de sua aplicação, padecendo de vício quando constatada a inexistência de proporcionalidade ou razoabilidade no bojo do seu comando normativo.

E na obrigatoriedade de observância do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade na elaboração dos atos estatais, em especial, dos atos normativos e dos atos administrativos decorrentes da aplicação concreta dessas normas, está o ponto de interconexão com o controle de constitucionalidade, uma vez que o mencionado princípio integra o chamado *bloco de constitucionalidade*, consubstanciando-se em parâmetro de aferição de adequação ou compatibilidade vertical dos atos normativos em geral em relação à Constituição.

De outra feita, além de invocar as mais variadas contribuições doutrinárias sobre o tema, serão colacionadas algumas manifestações jurisprudenciais da Corte Suprema brasileira, a fim de destacar a dimensão desses princípios no ordenamento jurídico pátrio, notadamente como protetores dos direitos fundamentais ante os frequentes desrespeitos sofridos pelos cidadãos.

2. NECESSIDADE AXIOLÓGICA OU VALORATIVA DE OS ATOS NORMATIVOS SEREM RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS

O marco teórico adotado neste ponto de abordagem se embasa na adequação das decisões estatais aos princípios da proporcionalidade e/ou da razoabilidade, sejam no âmbito judicial, no legislativo ou na seara administrativa.

Nota-se que, ao lado das regras, os princípios são enunciações do gênero norma, utilizados como base do sistema normativo brasileiro, agindo na interpretação de mandamentos positivados, com a função de ordenar as condutas humanas.

Daí porque os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mesmo quando não depreendidos expressamente no bojo de um sistema normativo, não perdem sua eficácia, uma vez que impulsiona diretamente o *valor de justiça* de um Estado Democrático de Direito.

De fato, Pierre Muller apud Paulo Bonavides (2008, p. 393) assevera que “o princípio da proporcionalidade [ou da razoabilidade] é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”. Humberto Ávila (2009, p. 176), por sua vez, ao tratar dos

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como postulados, destaca que esses princípios "vertem sobre outras normas não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação".

Assim, caso eventualmente se constate que dada lei contraria valores embutidos no texto constitucional, sejam eles expressos ou implícitos, não será ela válida à luz da inconstitucionalidade ali compreendida.

3. NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS E REGRAS

Dentre as diversas espécies de normas, os princípios e as regras merecem uma atenção especial por força de suas complexas compreensões, as quais, em diversas situações, suscitam grandes reflexões a fim de que estes institutos não sejam aplicados erroneamente.

Muito embora não seja objetivo deste trabalho esgotar o debate sempre travado doutrinariamente acerca da diferenciação dos princípios e das regras, faz-se necessário pontuar, mesmo que de forma singela, questões relevantes que facilitam a árdua compreensão do conteúdo normativo dos princípios no atual panorama jurídico.

Desta feita, cumpre gizar que as diferenças entre princípios e regras podem ser estabelecidas conforme o critério de distinção adotado.

Dos critérios apontados na doutrina é de significativa importância o *critério do caráter hipotético-condicional*, segundo o qual as regras determinam uma hipótese e uma consequência que antecedem uma decisão, sendo instituídas ao modo "se" e "então" ao passo que os princípios somente refletem o fundamento a ser aplicado, devendo, contudo, encontrar a regra para o caso concreto; o *critério do modo final de aplicação*, segundo o qual as regras são aplicadas de modo extremo no sentido de que seu comando normativo é absoluto (tudo ou nada), não cabendo nenhuma interpretação, ou seja, estando caracterizada a hipótese de incidência prevista em uma regra, ou esta deve ser necessariamente considerada válida com a consequente aplicação de suas sanções ou, caso contrário, deve ser considerada totalmente inválida, não podendo ser superadas por outras regras contrapostas àquele caso, enquanto que os princípios devem ser empregados de forma gradual (mais ou menos), não estabelecendo, necessariamente, a decisão (ao contrário, por não conterem hipóteses de incidência, e sim fundamentos, devem considerar qualquer fundamento proveniente de outro princípio que se encaixe no caso analisado, podendo, inclusive, ser superado por outro princípio contraposto); o *critério do conflito normativo*, em que estando em conflito duas regras é necessário examinar qual delas está em sintonia com aquela ordem jurídica, devendo-se, por conseguinte, invalidar a outra regra conflitante ou devendo-se criar uma exceção para o caso *sub examine*; já os princípios, quando conflitantes, se resolverão mediante uma ponderação de razões, estabelecendo-se uma dimensão de peso a eles, que determinará a prioridade de um princípio sobre o outro, sem que, no entanto, o outro deixe, obrigatoriamente, de irradiar efeitos para o caso analisado.

Não obstante esses critérios, de forma inovadora, Humberto Ávila adota como mecanismos de diferenciação desses institutos (a) *o critério da natureza do comportamento prescrito*, (b) *o critério da natureza da justificação exigida* e o (c) *critério da medida de contribuição para a decisão.* Passa-se a examinar as regras e os princípios e suas diferenciações segundo as lições do autor.

Analisando os institutos sob o prisma do *critério da natureza do comportamento prescrito*, a diferenciação entre regras e princípios leva em consideração a forma como regulam o comportamento. Para melhor compreensão, emprestam-se as palavras do Prof. Humberto Ávila (ÁVILA, 2009, p. 71):

"Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento."

Veja-se que os princípios almejam atingir um estado ideal ao se estabelecer fins a serem buscados, uma vez que "exigem a promoção de um estado de coisas - bens jurídicos - que impõe condutas

necessárias à sua preservação ou realização" (ÁVILA, 2009, p. 72). As regras, de outro lado, são comandos objetivos ou prescrições que manifestam, de forma direta, um preceito, uma proibição ou uma permissão, descrevendo, com alto grau de determinabilidade, a conduta exigida pelo direito para o caso a que se destina.

Indispensável observar, contudo, que esses institutos tanto podem ser analisados sob o ponto de vista comportamental quanto finalístico, vejamos:

"(…) as regras instituem o dever de adotar o *comportamento descritivamente prescrito*, e os princípios instituem o dever de adotar o *comportamento necessário* para realizar o estado de coisas; as regras prescrevem um comportamento para atingir determinado fim, e os princípios estabelecem o dever de realizar ou preservar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Por isso, a distinção é centrada na proximidade de sua relação, imediata ou mediata, com fins que devem ser atingidos e com condutas que devem ser adotadas" (ÁVILA, 2009, p. 73).

Em síntese, tal compreensão permite ao aplicador adotar ambas as normas fazendo alusão tanto a fins como a condutas, haja vista que "as regras preveem condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias" (ÁVILA, 2009, p. 73).

No que tange ao *critério da natureza da justificação exigida*, denota-se que aquela ideia de que a diferença entre as espécies normativas resolve-se ao serem aplicadas ao modo tudo ou nada (modo absoluto) ou mais ou menos (modo gradual), respectivamente, regras e princípios, *não mais deve prevalecer.* A solução adequada para essa intricada questão de dissociação depende da justificação aplicada.

Desta maneira, a aplicação das regras exige a constatação de correlação entre o fato e os preceitos prescritos na norma e a finalidade que lhe dá sustentação. A propósito:

"No caso das regras, como há maior determinação do comportamento em razão do caráter descritivo ou definitório do enunciado prescritivo, o aplicador deve argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte. A previsão sobre um estado futuro de coisas é imediatamente irrelevante. (…) Se a construção conceitual do fato, embora corresponda à construção conceitual da descrição normativa, não se adequar à finalidade que lhe dá suporte ou for superável ou outras razões, o ônus argumentativo é muito maior. São os chamados casos difíceis" (ÁVILA, 2009, p. 73).

Nesse ponto, o aplicador da norma, deparando-se em casos excepcionais e devidamente justificáveis, deixa de empregar a hipótese normativa em casos perfeitamente aplicáveis, não mais prevalecendo aquele caráter absoluto da regra (por exemplo, eventual legislação que proíba a entrada de animais em veículos de lotação visando à segurança dos passageiros, pode ser dispensada e/ou deixada de ser aplicada, nos casos em que os passageiros são cegos e precisam de cães-guia).

Aqui, sob a perspectiva de determinada circunstância, a ponderação torna- -se instrumento indispensável como forma de não cumprimento da regra à luz da sua razão geradora.

Por sua vez, a aplicação dos princípios surge da avaliação entre os fins e os efeitos advindos da conduta aplicada como necessária. Nesse diapasão, Humberto Ávila (2009, p. 74-75) prescreve:

"No caso dos princípios, o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico, devendo o aplicador, em razão disso, argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta e a realização gradual do estado de coisas exigido. Como não se trata de demonstração de correspondência, o ônus argumentativo é estável, não havendo casos fáceis e casos difíceis. E, como não há descrição do conteúdo do comportamento, a interpretação do conteúdo normativo dos princípios depende, com maior intensidade, do exame problemático."

Na presente assertiva, extraí-se que o modo de justificação da decisão de interpretação resultará da avaliação dos efeitos irradiados frente à conduta adotada como razão substancial ao alcance de um ideal de coisas. E mais, considerando que os princípios almejam um ideal a ser atingido, acabam por refletirem, mesmo que indiretamente, os comportamentos desejáveis à sua consecução.

E, finalmente, na esfera do *critério da medida de contribuição para a decisão*, os princípios surgem como normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, visto que não se direcionam a alcançar uma solução específica, lembrando-se que não são dotados de alto grau de determinabilidade como as regras, abarcando apenas parte dos aspectos fundamentais à tomada de decisão, cuja concretização aspira o enquadramento de outras razões.

A título de exemplificação, invoca-se o princípio de proteção dos consumidores que, tanto não se destina a prescrever todas e quaisquer medidas para alcançar o fim, como se harmoniza com outras razões além da proteção do consumidor, voltadas a promover outros fins, como a livre-iniciativa e a propriedade.

Diferentemente, as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, pois compreendem todos os aspectos alinhavados como relevantes à tomada da decisão, suscitando uma solução específica para o conflito entre razões, eis que o comportamento, de antemão, está previsto explicitamente pela norma.

Nesse contexto, o art. 150, VI, d, da CF/1988 (LGL\1988\3) ao estabelecer a vedação da instituição de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, afasta de sua incidência, por si só, a inclusão de outros objetos como quadros ou estátuas, apesar de estarem os seus fins intrinsecamente ligados, qual seja, a disseminação da cultura.

Contudo, levando-se em conta que as regras designam apenas normas preliminarmente decisivas, podem se apresentar situações em que se vislumbre estarem presentes os elementos gerais caracterizadores da regra, mas mesmo assim, desde que diante de razões excepcionais que superem a finalidade da aplicação da norma embutida na regra, poderá essa não ser aplicada. Tal fenômeno é intitulado por Humberto Ávila de “aptidão para cancelamento” (ÁVILA, 2009, p. 75).

4. PRINCÍPIOS JURÍDICOS

4.1 Definição

Apregoando as teses acima alinhavadas, Humberto Ávila (2009, p. 78-79) apresenta seu conceito de princípios:

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”

Neste contexto, encarados como um estado ideal de coisas que deve ser promovido, os princípios estabelecem o dever de se adotar comportamentos necessários ao fim desejado. Tais comportamentos “passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza” (ÁVILA, 2009, p. 80).

Com efeito, embora os princípios sejam indeterminados quanto ao seu conteúdo, ou apenas dotados de um pequeno grau de determinabilidade, no que se refere à sua espécie, denota-se não haver tal característica, sendo cabível o que for necessário para atingir os fins preestabelecidos.

Também merece destaque os estudos apontados por Luís Roberto Barroso em sua obra *Curso de direito constitucional contemporâneo* (BARROSO, 2009, p. 272), na qual, valendo-se dos esforços de Karl Larenz em sua caminhada teórica a fim de conceituar os princípios, separa-os em duas categorias: “os da primeira categoria, desprovidos do caráter de norma, são princípios ‘abertos’ (…), ao passo que os segundos se apresentam como ‘princípios normativos’”.

No plano da primeira categoria, os chamados de *princípios abertos* apenas manifestam-se como premissas jurídicas norteadoras ou simplesmente como informativos que se corporificam no ordenamento jurídico (por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, o Estado de Direito, o Estado Social, a democracia e a separação dos poderes). No plano da segunda categoria, os mencionados *princípios normativos* são considerados verdadeiras *lex* (normas propriamente ditas), e não simplesmente diretrizes teóricas. Assim, dotados de normatividade, os princípios não são simples declarações descritivas: eles irradiam efetivamente o que deve ser e o que é permitido.

Mais além, sob a égide das Constituições contemporâneas, Luís Roberto Barroso (2009, p. 289) observa que os princípios "aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na hermenêutica dos Tribunais e legitimidade dos preceitos da ordem constitucional".

Para melhor compreensão, seguem os ensinamentos do ilustre professor acerca dos princípios:

"Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Posto no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fontes das fontes. São qualificativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição" (BARROSO, 2009, p. 294).

Depreende-se desses ensinamentos que os princípios, quando incorporados à Constituição, representam a chave para compreensão dos textos constitucionais, visto que se consubstanciam em fonte primária do ordenamento, adquirindo o mais alto grau de normatividade.

4.2 Evolução dos princípios como normas jurídicas

A normatividade dos princípios passou por três fases diversas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

4.2.1 Jusnaturalismo

A doutrina jusnaturalista, pregando a existência de um direito natural inerente aos homens, admitia a existência de direitos que não estavam formalmente positivados pelo poder estatal, isto é, a ideia de justiça buscada por essa teoria independia de qualquer direito posto pelo Estado. Em outras palavras, acreditava-se na natureza imanente desses direitos dos homens, servindo, sobretudo, como mecanismo de regulamentação de eventuais abusos praticados pelos governantes. A respeito, leciona Luís Roberto Barroso (2009, p. 235):

"Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal."

Importante consignar que a corrente jusnaturalista, desenvolvida a partir do século XVI, ao longo da sua aplicação, apresentou-se sob duas correntes adotadas pelos teóricos da época: *a vontade de Deus como substrato dos direitos dos homens*, expressados por meio das leis; e, posteriormente, utilizaram-se da *razão como fundamento da existência dos direitos inerentes aos homens.*

Denota-se, pois, que o movimento jusnaturalista originário estava estritamente fundamentado no campo da religião, utilizando-se da figura divina de Deus como fundamento de existência dos direitos concernentes aos seres humanos.

Evoluído desta corrente, nasceu o *jusnaturalismo moderno*, dando margem à razão como principal fonte dos direitos dos homens, exaltando a ideia de que estes são portadores de certos direitos pelo simples fato de existirem. A partir dessa doutrina, surgiram os primeiros movimentos revolucionários burgueses, que culminaram na queda do absolutismo monárquico.

Destarte, superada essa fase histórica, é indispensável apontar a importância desse movimento junto ao desenvolvimento e aplicabilidade dos princípios.

Na fase jusnaturalista, os princípios eram envolvidos com um senso ideal a ser buscado, cuja eficácia compreende uma dimensão ético-valorativa de justiça. Nesta fase os princípios jurídicos eram quase que totalmente desprovidos de normatividade, ocupando uma função meramente informativa.

Aqui, os princípios eram considerados normas universais de um direito ideal, sem qualquer eficácia sintática normativa, localizados em uma esfera metafísica e abstrata. Aliado a este sentido, os princípios serviam no âmbito das lacunas da lei, como forma de determinar o que era certo ou errado.

E assim, a dogmática jusnaturalista ficou marcada como metafísica e anticientífica por força de sua

abstração e relatividade, sendo que a superação dessa fase jusfilosófica deu azo ao surgimento do movimento positivista, suscitando a codificação das normas.

4.2.2 Positivismo

Transmitido o direito racional para os códigos (com a promulgação destes), e o advento da Escola Histórica do Direito (século XIX), o jusnaturalismo perdeu sua importância, uma vez que só se admitia como direito o conjunto normativo expressamente positivado em leis e códigos (direito positivado).

Tratava-se do positivismo, desenvolvido para, entre outras coisas, dar concretude à certeza, unidade e clareza do direito, pregando a inaceitabilidade das especulações e/ou ideais de justiça até então adotadas para dirimir conflitos. É que a vida jurídica (representada pelas normas) necessitava receber um conceito fechado, a fim de garantir normatividade às regras postas à sociedade.

Nessa perspectiva, a filosofia positivista levanta a necessidade de se fazer uso da ciência (ordenamento jurídico) para alcançar a verdade, por meio da objetividade científica do direito, em busca da tão almejada justiça representada pelo direito natural, a qual já não mais é aceita com base nos postulados divino-religiosos, dada a sua abstração, e muitas vezes esquecidos pelos detentores do poder.

Sobre o tema, escreve Norberto Bobbio (2006, p. 136):

"O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito *real* sem se perguntar se além deste existe também um direito *ideal* (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre direito 'justo' ou 'verdadeiro' e direito 'injusto' ou 'aparente'. Assim a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa."

Conforme se depreende desses ensinamentos, a corrente positivista retira do ordenamento jurídico o conteúdo moral, baseado em valores, e introduz a validade como mecanismo para alcançar a justiça. Nessa esteira, cumpre esclarecer que os ideais de justiça pregados pelo jusnaturalismo (com base em um direito metafísico - divino) não são tidos com a mesma relevância na doutrina positivista, a qual dita como direito justo aquele formalmente codificado, posto à sociedade, mesmo que num caso concreto culmine em uma injustiça.

Assim sendo, para esta corrente, o dever de cumprir os textos normativos passa a ser o direito legalmente aceito, considerando os indivíduos subordinados a um poder emanado pela ciência do direito, totalmente vinculados a letra fria da lei.

Hans Kelsen, um dos principais precursores da era positivista, se não o mais expressivo filósofo positivista, em sua clássica obra *Teoria pura do direito*, acentua a necessidade de abandonar aquela velha noção de direito diretamente associado à moral. Para o autor, é perfeitamente possível e válida a existência de uma norma jurídica que não corresponda à ordem moral. Argumenta o autor:

"A necessidade de distinguir o direito da moral e a ciência jurídica da ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. (…) Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a moral e a ordem jurídica, então a existência de separar o direito da moral e a ciência jurídica da ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral" (KELSEN, 1998, p. 1998).

Pela sistemática desses ensinamentos, denota-se que o direito, na corrente positivista, está estritamente ligado a juízos de fato, na busca incessante pela realidade de um acontecimento, deixando de lado juízos de valor, que, de forma simples, representam uma posição que o sujeito adota frente aquele acontecimento.

Sobre o tema, Hans Kelsen (1998, p. 67) acrescenta:

"Na medida em que a justiça é uma exigência da moral, na relação entre a moral e o direito está contida a relação entre a justiça e o direito. A tal propósito deve notar-se que, no uso corrente da linguagem, assim como o direito é confundido com a ciência jurídica, a moral é muito frequentemente confundida com a ética, e afirma-se desta o que só quando àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida. A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo fato de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas - muito mais ainda - pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre direito e moral."

Simplesmente, *o positivismo fornece a fundamentação teórico-jurídica para a formalidade irrestrita da lei, independentemente do seu conteúdo.*

Nesse passo, considerando o caráter axiológico dos princípios, sua função era meramente subsidiária, por serem simples ordens programáticas. E, sendo assim, não gozavam de normatividade enquanto coercitividade, reservado esse atributo unicamente àquelas normas positivadas em texto de lei.

Serviam como fonte orientadora à interpretação, preenchendo lacunas que eventualmente se constatasse na aplicação de uma lei, além do que, pregavam a obediência estritamente formal da inteireza dos textos legais, prevalecendo o caráter absoluto da regra.

De outro turno, com supressão da ética, da moral, dos princípios e a aplicação irrestrita do formalismo da lei, os Estados, desvirtuando totalmente os fundamentos da corrente positivista, passaram a editar normas com conteúdos que lhes convinham, determinando sansões aos seus descumprimentos.

Como bem assevera Luís Roberto Barroso (2009, p. 241), "o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados". Desse deturpamento da teoria positivista surgiram grandes atrocidades à humanidade como o surgimento do fascismo (Itália) e o nazismo (Alemanha).

Após a 2.ª Guerra Mundial, com a derrota do fascismo e do nazismo, aflorou na comunidade internacional a necessidade de se formular novas estruturas para o direito, ocasião em que o positivismo teve sua derrocada, não mais restando espaço ao emprego acrítico do conteúdo irrestrito da lei.

4.2.3 Pós-positivismo

Como exposto, as teorias jusnaturalista e a positivista não foram capazes de sustentar a ciência do direito, abrindo campo ao surgimento e fortalecimento da teoria pós-positivista (que representa uma junção das duas teorias anteriores), na qual há a releitura da importância dos princípios jurídicos, robustecendo os mesmos no que tange à normatividade.

Acerca dos ideais do pós-positivismo, é bastante elucidativo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2009, p. 242) ao ditar que:

"O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica."

Ao adotar a teoria pós-positivista, os operadores e aplicadores do direito, buscando a solução de conflitos, dão ao conjunto normativo uma compreensão além do enunciado frio da lei, sem que,

contudo, desrespeite os textos normativos.

Contrapondo-se a esse modelo teórico de encarar o direito, levantou-se algumas questões no sentido de que haveria uma ausência de objeto, contrário do que se vislumbrava na corrente jusnaturalista e na positivista, e, ainda, a impossibilidade de se harmonizar tais teorias em favor desta que acabara de surgir.

É que, segundo os pilares do pós-positivismo, a sociedade necessita de algo que relativize concomitantemente os valores que informam esses dois extremos jusfilosóficos: *a justiça*, inerente ao jusnaturalismo, e *a segurança jurídica*, própria do positivismo.

Na corrente pós-positivista os princípios passam a ser encarados efetivamente como fonte normativa, analisados como espécies de normas com um campo maior de abrangência que as demais (regras). Desde então, o ordenamento jurídico passou a ser encarado como um conjunto de regras e princípios, destituídos de hierarquia entre si, ambos compreendendo espécies do gênero norma jurídica.

A partir desse ponto, os princípios não são mais arguidos como simples fontes integratória ou informativa do direito, ou, ainda, apenas como figuras de embasamento teórico ou de características de cunho complementar, mas, sobretudo, como normas positivamente estabelecidas e dotadas de coercitividade.

5. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Pelo já consignado, percebe-se que, como as regras, os princípios são espécies integrantes do gênero norma, utilizados como fundamentos axiológicos ou valorativos, para o bom funcionamento do sistema jurídico positivado, a fim de determinar as condutas humanas, propiciando a aplicação das normas jurídicas em geral.

Desta feita, mesmo quando não positivados de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro não perdem sua aplicabilidade, eis que estão estritamente ligados ao valor de justiça, utilizados nos casos em que se verifique a relação de causa entre um meio e um fim, presente no caso que se pretende analisar.

Na doutrina brasileira, os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade são tratados, muitas vezes, como sinônimos ou, em outros casos, o princípio da proporcionalidade é tratado como espécie de vertente do princípio da razoabilidade.

No entanto, é interessante notar que esses princípios se difundiram no nosso ordenamento jurídico como fruto da junção de ideias advindas da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano e do princípio da proporcionalidade do direito alemão. Passa-se à trajetória da evolução teórica de ambos os princípios.

5.1 Origem histórica de cada princípio

5.1.1 Estados Unidos e Alemanha

Do direito norte-americano surgiu a ideia do *princípio da razoabilidade*, impulsionada pela garantia do devido processo legal (instituto ancestral do direito anglo-saxão). Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 256), “sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Charta, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo”, consolidando-se após ultrapassar duas fases distintas.

Numa primeira fase, na aplicação da garantia do devido processo legal preponderou *o caráter estritamente processual*, como por exemplo, o direito à citação e à ampla defesa. Adiante, já na segunda fase, essa garantia passou a ter um caráter substantivo, na medida em que se tornou importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais, atribuindo ao Judiciário o controle de mérito (político) em face do emprego da discricionariedade pelo legislador, em vista do seu Poder Político.

Assim, com o emprego da cláusula do devido processo legal substancial, passou-se a analisar, no direito norte-americano, a razoabilidade e a racionalidade das leis e dos atos normativos em geral,

exigindo-se a demonstração ou a constatação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados por esse, sem prejuízo de posterior averiguação da legitimidade desses fins. Nesse sentido, denota-se que esse princípio servia como medida para aplicação do controle de constitucionalidade.

O saudoso Prof. Paulo Magalhães da Costa Coelho ressalta que (…) a inclusão da cláusula do *due process of law* pelo ordenamento jurídico norte-americano "passou a garantir não só a igualdade perante a lei como também a igualdade na lei. A distinção se fundamenta na exigência de que para haver igualdade na lei é necessário que esta seja editada em conformidade com os princípios constitucionais" (COELHO, 2004, p. 251).

Por seu turno, o *princípio da proporcionalidade* surgiu na Alemanha, como mecanismo de limitação à discricionariedade administrativa. De início, esse princípio não se encaixava no modelo norte-americano de parâmetro constitucional à limitação do Poder Legiferante, pois, em toda Europa Continental, o poder do legislador era juridicamente ilimitado, sendo impossível conceber ao Judiciário o controle da atuação do Parlamento. Sua aplicação limitava-se meramente à verificação de atos administrativos.

Adiante, após a instituição da Lei Fundamental de 1949, esse conceito do princípio da proporcionalidade evoluiu como mecanismo de controle dos atos do Executivo.

Como nos Estados Unidos, intrínseca ao princípio da proporcionalidade, estava a racionalidade, empregada entre os meios adotados e os fins visados. Conforme assevera Luís Roberto Barroso (2009, p. 257), "a partir de então, a ideia de proporcionalidade passou a ter fundamento constitucional, colhido no princípio do Estado de Direito, convertendo-se o princípio da reserva legal em princípio da reserva da lei proporcional".

Ainda na Alemanha, a irradiação da aplicação desse princípio, tanto na sua aplicação à esfera legislativa quanto na administrativa, evoluiu, dividindo o seu conteúdo em três subprincípios: o *da adequação*, o *da necessidade* e o *da proporcionalidade em sentido estrito*, os quais serão delineados, pormenorizadamente, adiante.

Por sintetizar muito bem o panorâmico histórico de ambos os princípios, pede-se *vênia* para citar a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 24):

"No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. Na verdade, confluem ambos, pois, rumo ao (super) princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundante do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo)."

5.2 Finalidade ou função

Nascido na esfera do direito administrativo, aplicava-se o princípio da proporcionalidade como mecanismo de obediência ao princípio da legalidade, como forma de controlar os poderes do Estado no exercício de suas funções, na tentativa de evitar atos arbitrários emanados por este.

Contudo, a partir do século XX, esse quadro passou a ser alterando, concedendo a ele *status* de princípio constitucional. Passou a ser premissa teórica da doutrina de respeito dos direitos fundamentais encampados na Carta Magna (LGL\1988\3) e, ao mesmo tempo, reconheceu-lhe caráter vinculativo e obrigatório.

Sobre sua aplicação, o ilustre Prof. Paulo Bonavides assevera que "a regra da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar, todavia a corroer ou abalar o princípio da separação dos poderes" (BONAVIDES, 2008, p. 399).

Neste ponto, insta observar que o princípio não usurpa do legislador a sua função primordial de elaboração das leis, sobretudo considerando os seus inerentes poderes de conformar e determinar

fins e meios no uso de suas atribuições; ao revês, apenas reafirma a necessária observância de valores e princípios provenientes da Constituição, em especial, dos direitos fundamentais.

Isto porque o império da lei não mais vislumbra aquela antiga ideia ventilada pelo princípio da legalidade, incontestável e impositiva de uma subsunção ao literal comando normativo expresso no bojo de uma norma, o qual, muitas vezes, suscetível de pôr em risco a efetividade dos direitos fundamentais.

Para bem estabelecer os contornos do papel desempenhado pelo princípio da proporcionalidade como mecanismo indispensável ao gozo pleno dos direitos fundamentais, empresta-se as palavras do Prof. Paulo Bonavides (2008, p. 401):

"(…) não constitui tal princípio um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral do direito. Assim o asseveram, sem tergiversar, aqueles que o estendem a toda atividade do Estado, tanto de ordem administrativa, como jurisdicional ou legislativa, e o fazem sempre reconhecendo-lhe o grau e a dignidade de princípio de direito constitucional."

Com efeito, embora o princípio da proporcionalidade hodiernamente insurja na égide dos direitos fundamentais, não há dúvidas de que sua aplicabilidade visa a sistematizar todo o Estado de Direito, no intuito de controlar o Poder Público em toda sua abrangência.

Assim sendo, eventuais limitações a direitos fundamentais apenas se justificam quando, cumulativamente, restar constatada que eventuais limitações desses se fazem necessárias à salvaguarda de um interesse público preponderante e desde que haja proporcionalidade entre o benefício social buscado com as restrições adotadas como meio àquele benefício.

5.2.1 Controle dos atos estatais versus controle do mérito administrativo

Em regra, o Estado deve, em sua busca incessante à consecução da finalidade para a qual foi criado (realização do bem comum), demonstrar que sua atuação respeita os ditames constitucionais, não sendo bastante o simples respeito à lei, devendo-se, sobretudo, demonstrar adequação ao direito.

Interessante notar que os princípios constitucionais insurgem como verdadeiras normas concretizadoras de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, os princípios aqui tratados (princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade) se apresentam em nosso ordenamento jurídico como limites substantivos às restrições aos direitos fundamentais, guardando os cidadãos de eventuais atuações inconstitucionais do poder estatal.

Por sua vez, o Poder Público, a fim de fazer valer a sua atuação, manifesta sua vontade através de atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, devendo sempre respeitar a separação dos poderes constante do art. 2.º da CF/1988 (LGL\1988\3) (Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo).

Outrossim, cumpre notar que tais atos administrativos concretizados pela Administração Pública podem ser *vinculados* (quando não comporta nenhuma apreciação subjetiva do administrador público realizador do ato, devido à existência de prévia descrição normativa do comportamento exigido) ou *discricionários* (quando, para a realização do ato, é concedido ao administrador público certa margem de liberdade decisória, legalmente prevista, com o objetivo de que seja tomada a melhor medida que satisfaça a finalidade normativa, considerando a conveniência ou oportunidade da prática daquele ato).

Nessa liberdade concedida ao administrador público para decidir em vista da conveniência ou da oportunidade da prática de dado ato administrativo, em determinado caso concreto, está identificado o *mérito administrativo.*

Nos atos administrativos discricionários, contudo, indispensável que o seu realizador demonstre a sua consonância com o princípio da legalidade material, o qual deverá guardar obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Pierre Muller apud Paulo Bonavides, na sua caminhada para a compreensão da aplicação dos referidos princípios, estabelece duas noções: uma na acepção lata e outra na acepção estrita:

"Em sentido *lato*, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o Poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumida existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo" (BONAVIDES, 2008, p. 393).

Com a violação desta última acepção, e o consequente arbítrio, estar-se-á caracterizada a infração ao princípio da proporcionalidade, o que para os referidos autores se dá "toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta" (BONAVIDES, 2008, p. 393).

Como se vê, a discricionariedade administrativa deve estar pautada, além da obediência à legalidade formal (lei), aos preceitos constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade (legalidade material). Assim, antes de praticar qualquer ato discricionário, o gestor público deve refletir se sua conduta não excederá os limites da legalidade material, realçando, por corolário, a supremacia do interesse público.

Daí surge o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, a fim de evitar à atuação massacrante do Poder Público, no sentido de que poderá sofrer sanções quando da constatação de que sua atuação é desarrazoada e inadequada à promoção e respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos.

Para encerrar a análise, merecem destaque as palavras de Paulo Magalhães da Costa Coelho (2004, p. 255):

"O princípio da razoabilidade postula conceitualmente, portanto, uma relação de adequação entre o fim eleito pela lei e os meios em razão dos quais ele é efetuado. O que pretende, em arremate, é que haja a verificação da adequação entre fim e meio, ou uma confrontação entre o fundamento da atuação administrativa e seus efeitos, de modo a tornar possível o controle de eventual excesso."

5.3 Subprincípios ou elementos

Independente da divisão doutrinária acerca das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade, o critério da proporcionalidade em sentido amplo, que traz intrínseco o próprio princípio da razoabilidade, abarca três indispensáveis elementos ou subprincípios amplamente adotados na doutrina e jurisprudência, sendo eles: (a) *a pertinência ou aptidão*; (b) *a necessidade ou exigibilidade da conduta adotada* e (c) *a proporcionalidade em sentido estrito.*

O elemento correspondente à pertinência ou aptidão representa, segundo Zimmerli apud Paulo Bonavides (2008, p. 396), "o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público, conforme a linguagem constitucional dos Tribunais. Examina-se ai a adequação, a conformidade ou a validade do fim".

Importante realçar, contudo, que esse subprincípio não cuida da realização efetiva do objetivo a ser buscado, basta que se demonstre que o meio escolhido é apto para obtenção do resultado colimado ou que, pelo menos, contribua à sua consecução. Nesse contexto, para que o meio adotado seja considerado inidôneo frente o fim pretendido, deve-se vislumbrar sua total inviabilidade no caso concreto para tal desiderato.

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a *necessidade ou exigibilidade da conduta adotada*, o qual corresponde à melhor escolha possível ao fim legítimo que se almeja. Para Maunz/Duering apud Paulo Bonavides (2008, p. 397) "de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkein*) ser também chamado princípio da escolha mais suave".

Desse modo, neste item analisa-se a relação de custo/benefício em vista do meio utilizado, exigindo-se a escolha da medida menos gravosa a direitos fundamentais para se chegar ao fim pretendido.

Não obstante isso, o ilustre Prof. Canotilho apud André Ramos Tavares, elenca condições que devem ser observadas à noção de necessidade:

"a) a *necessidade material*, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos

direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do Poder Público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados" (TAVARES, 2007, p. 686-687).

Da análise sistemática da necessidade decorre sua consequente associação à adequação, pois no caso concreto deverá existir correlação entre a promoção adequada do meio suscitado com o elemento da necessidade.

Por fim, cumpre tecer algumas considerações acerca do terceiro elemento emanado do princípio da proporcionalidade, *a proporcionalidade em sentido estrito*, o qual estabelece que o meio adotado deve corresponder à razoável proporção do fim tutelado. André Ramos Tavares traz importantes considerações a essa questão, enfatizando a exigência de sua observância no caso concreto:

"Isso significa, acima de tudo, que não se fira o 'conteúdo essencial' (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individualmente ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens" (TAVARES, 2007, p. 687).

Em outras palavras, para que se constate a legitimidade da medida adotada pela Administração Pública, deverá estar evidenciada a ponderação entre o ônus imposto e o benefício possivelmente a ser alcançado, ou seja, ponderam- -se os bens em conflito no caso concreto.

Porém, o citado autor adverte, "efetivamente, a ponderação ou otimização a ser realizada nesta etapa do processo de monitoramento da atividade do legislador não oferece critérios seguros ou objetivos que possam afastar a discricionariedade de seu aplicador" (TAVARES, 2007, p. 688).

6. DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE COMO PARADIGMA NORMATIVO PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

6.1 Princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade: expressões sinônimas no direito brasileiro

Embora os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade tenham surgido como mecanismos materialmente diversos, o primeiro emanado da doutrina norte americana e o segundo da doutrina alemã, no Brasil são largamente adotados como sinônimos.

Para corroborar essa assertiva, cumpre trazer à baila a didática doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro apud Paulo Magalhães da Costa Coelho (2004, p. 249-250):

"Pelo tratamento dado à matéria, verifica-se que alguns autores, mais influenciados pela jurisprudência norte-americana, ligam o princípio da razoabilidade ao do devido processo legal e ao da isonomia; é o caso, como se verá, de San Tiago Dantas, Ada Pellegrini Grinover, Carlos Roberto de Siqueira Castro. Outros seguem mais a linha do direito francês, espanhol e argentino e identificam a razoabilidade com o princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins; é o caso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Antônio Bandeira de Mello e Lucia Valle Figueiredo. Ver-se-á, embora a linha de raciocínio possa ser um pouco diversa, o resultado final é o mesmo, pois o que se quer é que haja compatibilidade, relação, proporção entre as medidas impostas pelo Legislativo ou Executivo e os fins objetivos, de forma implícita ou explícita, pela Constituição ou pela lei. Há que se observar, contudo, que quando se associa a razoabilidade ao devido processo legal, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade na função legislativa; e quando se associa a razoabilidade com a proporcionalidade dos meios aos fins, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade administrativa."

Entretanto, apenas para fins didáticos, é importante anotar que mesmo que haja estreita relação entre tais princípios, há diferenças entre eles, no que tange, principalmente, à *origem histórica* (como mencionado, a razoabilidade surgiu no direito americano ao passo que a proporcionalidade surgiu do direito alemão); à *estrutura* (a razoabilidade é aplicada na esteira do que seria racional ou equilibrado em uma dada circunstância, e, portanto, dotada de estrutura mais subjetiva; já para a proporcionalidade, frente à clareza dos seus elementos a serem aplicados no caso concreto, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é dotado de uma estrutura

mais objetiva); à *abrangência na aplicação* (a razoabilidade teria por escopo apenas impedir aqueles atos que transgridam o senso comum, enquanto que a proporcionalidade deve servir de eixo à prática de determinado ato, devendo-se, inclusive, estar presente a razoabilidade).

Não obstante as diferenças acima apontadas, no presente trabalho ambas as expressões são tratadas como sinônimas, identificando a mesma norma principiológica da Constituição - *princípio da razoabilidade ou proporcionalidade* -, sendo considerada parâmetro ou paradigma para aferição de (in)constitucionalidades materiais dos atos normativos.

6.2 Previsão normativa

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não estão *expressos* no texto constitucional, no entanto, encontram amparo jurídico no comando normativo emanado do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3), ao estabelecer que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Os defensores do posicionamento que admite tais princípios no ordenamento jurídico pátrio pregam que, além de decorrerem dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, a positivação de ambos deflue ainda do conceito devido processo legal (também conhecido como *due process of law*) como forma de controle estatal, já que se for caracterizado *in concreto* patente desvirtuamento nas decisões tomadas pela Administração Pública a conduta será considerada totalmente inadequada aos fins perseguidos, concretizando manifesta arbitrariedade.

Trata-se do *devido processo legal em sentido material*, ou devido processo legal substantivo, que basicamente diz respeito à limitação do Poder Público, e estaria positivado no inc. LIV do art. 5.º da CF/1988 (LGL\1988\3).

Assim, o princípio do *substantive due process of law*, estruturado pelos fundamentos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, possibilita que se faça o controle de legalidade acerca de dado ato estatal, excluindo- -o caso não se depreenda total compatibilidade com os limites delineados na Constituição Federal (LGL\1988\3).

Paulo Bonavides comenta esse controle de constitucionalidade realizado no moldes do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno:

"(…) o juiz, ao contrário do legislador, atua por um certo prisma num espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também - sobretudo em matéria de justiça constitucional - pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. Esta última, deveras aberta e maleável, é por isso mesmo mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade" (BONAVIDES, 2008, p. 400).

E, ao tratar desse fenômeno como guarda eficaz dos direitos fundamentais, o autor segue afirmando que "aqui o princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado por princípio ou máxima constitucional" (BONAVIDES, 2008, p. 400).

Não obstante isso, indispensável evidenciar-se a presença da divisão de acepções ou aspectos do mencionado *princípio do devido processo legal*, o qual subdivide-se, abrangendo também o *devido processo legal procedimental*, ou *devido processo formal*, que estabelece a necessária observância de todas as exigências garantidoras dos direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional. Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2007, p. 37), "o devido processo legal em sentido formal é, basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio".

Como mecanismos de regulamentação do devido processo legal procedimental, eclodem as seguintes garantias constitucionais: garantia do contraditório e da ampla defesa; da inafastabilidade do controle jurisdicional; da isonomia; da motivação das decisões judiciais; da vedação das provas ilícitas; da publicidade e da razoável duração do processo.

6.3 Crítica aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

O principal óbice existente contra a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no ordenamento jurídico contemporâneo é que sua aplicação pelo Poder Judiciário concederia a esse certos poderes exclusivos da atividade legislativa, manifestando uma verdadeira confusão entre as atividades legislativas e jurisdicional, o que, segundo essa corrente doutrinária, violaria a separação dos poderes, explicitamente positivada no art. 2.º da CF/1988 (LGL\1988\3).

Por consequência, estaria o Poder Judiciário assumindo a função precípua do Poder Legislativo, visto que, ao interpretar os enunciados à luz desses princípios em todo ou em qualquer caso concreto, invadiria a competência do legislador, podendo levar a uma verdadeira ditadura do julgador, o que ensejaria um estado de insegurança jurídica.

Contudo, descaracterizando tal pensamento, ensina Paulo Magalhães (2004, p. 283):

"Evidentemente que as críticas, ponderadas e respeitáveis que sejam, não resistem a um confronto mais sério, todas elas alicerçadas numa visão tradicional do direito constitucional e, por isso mesmo, resistentes aos influxos da inovação. O temor de que a doutrina possa possibilitar a remoção da função legislativa tão só pela decisão de um Tribunal é, em si mesmo, desarrazoado, porque o que a doutrina postula não é a sindicalidade das razões de oportunidade e conveniência da lei, mas sim que se proceda a um cotejo entre os vetores axiológicos da Constituição e a lei ou o ato administrativo, para que se verifique uma relação de adequação e conformidade ou de inadequação e confronto."

Nesse sentido, é forçoso reconhecer que a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade deve se dar sem exageros, como qualquer outra norma. Isso porque *o uso irrestrito* desses princípios, como acima exposto, constitui uma verdadeira transposição dos limites impostos na Constituição Federal (LGL\1988\3) ao estabelecer a separação dos poderes.

Em verdade, não se pode esquecer que a proporcionalidade e a razoabilidade, como princípios que são, devem desempenhar a função de mecanismos de interpretação para a aplicação da lei, devendo ser aferida no caso concreto essa obediência.

Além do mais, os opositores desse princípio invocam a ausência de sua explicitude no texto constitucional, principal diploma jurídico brasileiro.

Contudo, como já restou patentemente demonstrado no item anterior, tal tese se mostra insuficiente para expurgar dos nossos Tribunais a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sobretudo pela consagração da cláusula do devido processo legal, indistintamente aceito na doutrina e na jurisprudência constitucional brasileira, e que, como explicitado alhures, abrange em si, tanto um aspecto formal quanto um material, identificando-se esse último como os princípios da proporcionalidade e/ou da razoabilidade.

Sobre essa vagueza do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, suscitada pelos seus opositores, Anna Paola Zonari de Lorenzo apud Paulo Magalhães da Costa Coelho (2004, p. 255) pondera:

"Além do critério de proporcionalidade, que se harmoniza com as noções de adequação, bom senso, prudência e moderação, a razoabilidade também pode se expressar pelas ideias de lealdade, boa-fé, equidade, idoneidade e confiança, que o administrado deposita e ao mesmo tempo pode exigir seja correspondida pela Administração. O intérprete deve, pois, estar atento a todas estas formas de razoabilidade, tanto para efeito de conferir-lhe os contornos e limites, como para impor controle aos atos administrativos. Assim sendo, é possível concluir que não obstante a noção de razoabilidade possa parecer, à primeira vista, muito fluida, por tratar-se de um conceito dito vago, indeterminado, ou prático, o que poderia levar à desavisada conclusão pela impossibilidade de sua delimitação objetiva, na verdade assim não é."

Nesse sentido, não se pode retirar a normatividade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade do ordenamento jurídico brasileiro, restando-lhes, por corolário, a necessária observância, tanto na esfera administrativa como na judicial.

6.4 Aceitação doutrinária

A despeito de não estarem expressos no texto constitucional brasileiro, os princípios da

razoabilidade e da proporcionalidade conquistaram ampla aceitação doutrinária. Como já foi dito, esses princípios, em suas respectivas essências, embora desenvolvidos em outros países como mecanismos diversos, sempre ligaram a atuação estatal aos direitos fundamentais, de modo que esses não sejam suprimidos pela atuação desenfreada daquele.

No Brasil, várias teorias surgiram na perspectiva de fundamentar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, apresentando métodos interpretativos de aplicação, ora concretizando-os como institutos diversos, ora conferindo-lhes igualdade.

Em destaque, cita-se a doutrina de Humberto Ávila tratando estes institutos como postulados e apontando o dever de diferenciá-los:

"(…) a doutrina esquece-se de que esses postulados (metanormas de aplicação de outras no caso de experiências conflituosas ou recalcitrantes ocorridas no plano concreto e da eficácia) servem de parâmetro para relacionar elementos diferentes em situações distintas. O exame concreto que se faz quando há colisão entre dois princípios com base numa relação de meio e fim não é o mesmo que se faz quando ocorre uma incompatibilidade entre uma regra geral e um caso excepcional. As justificações são diferentes e - eis o grande ponto - podem levar a resultados diversos" (ÁVILA, 2009, p. 176).

O referido autor entende que na análise da proporcionalidade há de ser observada a relação de causalidade entre meio e fim, enquanto a razoabilidade não detém tamanha relação procedimental, apenas analisa se a medida segue os parâmetros do senso comum.

Em seguida, o autor enfatiza a importância desses institutos, acrescentando, ainda, a proibição de excesso, como forma de garantir uma ordem democrática justa e, sobretudo, garantidora dos direitos fundamentais, intitulando-os como metanormas por disciplinarem a aplicação e validade das demais normas:

"(…) as exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas não, porém, para atribuir- -lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo, é oportuno tratá-las como metanormas. E, como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí a utilização do termo 'postulado', a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras" (ÁVILA, 2009, p. 179).

Diante desse contexto é possível vislumbrar a necessária observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como mecanismos procedimentais na busca de uma decisão que se coaduna com o ideal de justiça em análise pelo julgador em um dado caso concreto, notadamente ponderando a aplicação das normas em jogo naquele caso.

A esse respeito, observa Dirley da Cunha Jr. (2008, p. 221), que:

"Utilizado habitualmente para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos, o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, consubstancia, em essência, uma *pauta de natureza axiológica* que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico."

Explica Inocêncio Mártires Coelho apud Dirley da Cunha Jr. (2008, p. 221):

"No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo."

Como é passível de observação, os mencionados autores exaltam a importância que os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade conquistaram no atual panorama jurídico brasileiro, na medida em que será com base nesses princípios que se verificará a legalidade dos atos estatais em geral (leis, atos administrativos ou decisões judiciais), devendo-se, contudo, compatibilizar os aspectos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse compasso, as entidades estatais, no âmbito de suas atividades, estão submetidas aos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, porquanto devem utilizar meios adequados, necessários e proporcionais na busca da realização de seus objetivos (fins).

Ainda, atribuindo aos mencionados princípios a tarefa se servir de instrumento lógico-racional para a ponderação de interesses em eventual colisão de valores juridicizados, Karl Larenz apud Pedro Lenza leciona:

"(…) utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direito - muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios -, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. Trata-se de princípio extremamente importante especialmente na situação de colisão entre valores constitucionalizados" (LENZA, 2008, p. 75).

A título de esclarecimento, vale destacar, contudo, que muito embora seja incontroversa a indispensável observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não há um consenso na doutrina acerca do fundamento destes princípios: se encampados na seara dos direitos fundamentais ou se emergem na filosofia do Estado de Direito. Nesse ponto, Schlink apud Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, esclarece:

"Se se cuida de enfatizar o fundamento nos direitos fundamentais, terá esse princípio aplicação na relação entre cidadão e Estado, aqui contemplados os conflitos entre os entes privados que o Estado incumbe solver. Se, ao revés, o princípio em apreço assenta-se na ideia do Estado de Direito, tem-se a sua projeção não só para a relação entre o cidadão e o Estado, mas também para as relações entre os poderes. Observa Schlink, porém, que dificilmente se pode extrair do princípio da proporcionalidade as relações entre União e Estados ou entre estes e os Municípios. Referida questão insere-se no âmbito do princípio federativo. Aqui, ter-se-ia a aplicação do princípio da proporcionalidade não com fundamento nos direitos fundamentais ou no Estado de Direito, mas como postulado geral de direito" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 323).

6.5 O posicionamento do Poder Judiciário acerca dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nos diversos campos do direito

Para demonstrar o panorama dentro do qual se encartam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, convém explicitar, de forma exemplificativa, o posicionamento do Poder Judiciário ao trabalhar com esses princípios em diversos casos concretos.

Portanto, analisando alguns casos apreciados pelo Poder Judiciário nos mais variados campos do direito, pretende-se refletir a dimensão que esses princípios alcançaram no nosso sistema jurídico.

Dando início a essa tarefa, merece destaque o voto proferido pelo Min. Celso de Mello (no qual foi relator) na QO na MC na ADIn 2.551/MG, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) e a Confederação Nacional do Comércio (CNC), impugnando o art. 16 da Lei 13.430, de 28.12.1999 do Estado de Minas Gerais que deu nova redação ao art. 15 da Lei estadual 12.425, de 27.12.1996, *in verbis*:

"O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O

princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetros de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais" (QO na MC na ADIn 2.551/MG, j. 02.03.2003, rel. Min. Celso de Mello, p. 3).

A questão em análise concernia à legalidade da taxa de expediente imposta pelo Estado de Minas Gerais (DPVAT), considerando o valor efetivamente exigido ao contribuinte e o real custo despendido pelo Estado em sua atuação (o qual, segundo os autores, resultava em um valor exagerado na tributação que lhes era imposta). Vale lembrar que o nascimento da uma taxa suscita uma contraprestação de uma atividade estatal, necessitando haver uma equivalência entre o ônus imposto ao sujeito e o benefício auferido de fato por este. Nesse sentido, concluindo seu pensamento, destacou o referido relator, Min. Celso de Mello:

"A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo Poder Tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado" (QO na MC na ADIn 2.551/MG, j. 02.03.2003, rel. Min. Celso de Mello, p. 36).

A título de esclarecimento, este julgado houve por bem declarar, em sede de medida cautelar, a suspensão do mencionado dispositivo.

Na seara do direito penal, colhe-se o RE do HC 106.442-MC/MS, em que se ventilou a constitucionalidade da vedação da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos nos crimes tipificados no art. 33, *caput* e § 1.º, e arts. 34 a 37, todos da Lei 11.343/2006, Lei de Drogas, mesmo quando se afigurar os requisitos de índole subjetiva e dos pressupostos de caráter objetivo do sentenciado, nos termos que dispõe o art. 44 do CP (LGL\1940\2).

Mais uma vez, o Min. Celso de Mello, ao analisar os referidos autos, alerta ao dever de se observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de se caracterizar abusivo o ato estatal:

"O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5.º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do STF, que, *por mais de uma vez*, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais" (MC no HC 106.442/MS, j. 30.11.2011, rel. Min. Celso de Mello, p. 16-17).

Assim, a atuação estatal está sujeita aos auspícios dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, sobretudo a atividade estatal concernente à produção normativa, a fim de reprimir sua atuação desenfreada, com a consequente preservação de um Estado Democrático de Direito, prestigiando, em especial, os direitos fundamentais dos cidadãos (no caso em análise, o direito penal fundamental).

Destarte, prossegue o Min. Celso de Mello colocando pá de cal sobre a vedação imposta à conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos nos casos previstos na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), no art. 33, *caput* e § 1.º, e arts. 34 a 37, manifestando-se nos seguintes termos:

"Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria *constitucionalidade material* dos atos estatais.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal" (MC no HC 106.442/MS, j. 30.11.2011, rel. Min. Celso de Mello, p. 18).

Nestes termos, o ministro, julgando ofensiva a limitação imposta aos comandos normativos acima referidos, eis que totalmente destituídos de razão por nítida afronta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, concedeu o *Habeas Corpus* pleiteado.

Nessa linha de raciocínio, merece referência o didático voto do eminente Min. Gilmar Mendes proferido no RE 511.961/SP, ao analisar a então exigência de diploma de curso superior, devidamente registrado pelo Ministério da Educação, aos profissionais jornalistas (conforme determina o art. 4.º, V, do Dec.-lei 972/1969), ressaltando, com primor, a importância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:

"A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeingnetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)" (RE 511.961/SP, j. 17.06.2009, rel. Min. Gilmar Mendes, p. 52).

Nota-se que, no caso em comento, a discussão perquiriu os limites da proporcionalidade e da razoabilidade, no sentido de se aferir se a limitação imposta aos profissionais jornalistas infringiu o direito fundamental à liberdade do exercício de profissão.

Tal limitação, somente se coaduna com a máxima da legalidade que deve se espraiar sobre os atos estatais (especialmente no âmbito Legislativo) se se verificar que ao exercício da profissão de jornalista é indispensável o diploma de curso superior, ante a capacidade técnicas específicas dessa profissão.

Assim, em seu voto o Min. Gilmar Mendes prossegue essa discussão, desmembrando o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade em seus subprincípios ou elementos, *ipsis litteris*:

"O subprincípio da adequação (*Geeingnetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida também de resultar da rigosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)" (RE 511.961/SP, j. 17.06.2009, rel. Min. Gilmar Mendes, p. 53).

Com efeito, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o Min. Gilmar Mendes consignou o seguinte:

"É fácil perceber que a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros. De forma extremamente distinta de profissões como a medicina ou a engenharia, por exemplo, o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas em uma faculdade. O exercício do jornalismo por pessoa inapta para tanto não tem o condão de, invariável e incondicionalmente, causar danos ou pelo menos riscos de danos a terceiros. A consequência lógica, imediata e comum do jornalismo despreparado será a ausência de leitores e, dessa forma, a dificuldade de divulgação e de contratação pelos meios de comunicação, mas não o prejuízo direto a direitos, à vida, à saúde de terceiros" (RE 511.961/SP, j. 17.06.2009, rel. Min. Gilmar Mendes, p. 65).

Como se verifica, no caso em tela, o douto ministro não vislumbrou qualquer elemento que justificasse a limitação da liberdade do exercício da profissão dos jornalistas, convencendo-se que essa limitação extrapola o campo da legalidade material (conteúdo razoável da lei), dando azo à violação de direitos individuais, por patente inobservância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em outra insigne atuação, o Min. Gilmar Mendes apreciou o mérito da ADIn 4.467 ante o preceito normativo embutido no *caput* do art. 91-A da Lei 9.504/1997, inserido pela Lei 12.034/2009, determinando que no momento da votação, o eleitor teria que apresentar, além da exibição do respectivo título, documento de identificação com fotografia.

Em lapidar voto o eminente Ministro asseverou que:

"O princípio da proporcionalidade constitui um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Trata-se de um parâmetro de identificação dos denominados *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais; um postulado de proteção de um *núcleo essencial* do direito, cujo conteúdo o legislador não pode atingir. Assegura-se uma *margem de ação* ao legislador, cujos limites, porém, não podem ser ultrapassados. O princípio da proporcionalidade permite aferir se tais limites foram transgredidos pelo legislador. No caso, o direito fundamental em questão diz respeito, especificamente, ao direito de votar, como exercício da cidadania ativa. A questão, portanto, está em saber se, de acordo com um critério de proporcionalidade, a exigência do porte obrigatório do título de eleitor restringe de forma excessiva o direito fundamental de voto. O princípio da proporcionalidade funciona, aqui, como proibição de excesso do legislador (*Übermassverbot*). Para a aferição da proporcionalidade da medida legislativa, deve-se averiguar se tal medida é *adequada* e *necessária* para atingir os objetivos perseguidos pelo legislador, e se ela é *proporcional* (*em sentido estrito*) ao grau de afetação do direito fundamental restringido. No caso, o fim almejado pelo legislador é bastante claro: evitar fraudes e dar segurança ao processo de votação. Assim, é preciso questionar se, com o intuito de evitar fraudes e dar segurança ao processo de votação, o legislador pode exigir do eleitor o porte obrigatório de dois documentos: o título de eleitor e o documento de identificação civil. Estaria o legislador atuando dentro de suas margens de ação, ou restringindo de forma indevida o direito fundamental do voto?" (MC na ADIn 4.467/DF, j. 30.09.2010, rel. Min. Ellen Gracie, p. 69-70).

Para o Ministro, nesse caso específico não se verifica ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ante a necessidade de evitar possíveis fraudes, além do que o título eleitoral é prova de que o eleitor ostenta o direito de sufrágio, bem como está devidamente inscrito em determinada zona eleitoral, especialmente quando falharem os sistemas de registro da Justiça Eleitoral.

Como afirmado, a exposição jurisprudencial retro realizada é apenas exemplificativa, mas demonstra de forma indubitável a ampla aceitação jurisprudencial no seio da Corte Constitucional brasileira dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como paradigmas normativos para o controle de constitucionalidade de atos estatais em todas as suas formas, sejam atos normativos, administrativos e mesmo judiciais.

7. CONCLUSÃO

É inconteste a aceitação doutrinária e jurisprudencial dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou, simplesmente, *princípio da razoabilidade ou proporcionalidade*, como norma integrante do ordenamento constitucional brasileiro atual, seja como princípio constitucional implícito seja como aspecto material da cláusula do devido processo legal, prevista no inc. LIV do art. 5.º da CF/1988 (LGL\1988\3).

Ressalta-se o alto grau de coercitividade e normatividade de que desfrutam os princípios na atualidade, como decorrência do predomínio do pensamento jusfilosófico pós-positivista, segundo o qual os princípios deixaram de ser meras exortações ou programas políticos para serem colocados ao lado das regras de conduta e, portanto, imporem de forma obrigatória sua observância.

Como norma principiológica integrante da Constituição brasileira, o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade compõe o chamado *bloco de constitucionalidade*, consubstanciando-se em paradigma ou parâmetro para a aferição da compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais

com a Lei Maior, no que se refere ao conteúdo daquelas normas.

A violação do conteúdo normativo do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade caracteriza a *inconstitucionalidade material* dos atos jurídicos estatais, podendo se dar em relação a *atos legislativos*, quando existirá o abuso do poder de legislar, a *atos políticos*, a *atos administrativos*, decorrentes da aplicação *in concreto* de atos normativos (gerais e abstratos) e até mesmo em relação a *atos judiciais.*

De tal maneira, o princípio em comento exerce a função de limitar a discricionariedade do agente público, fornecendo postulados racionais, representados pelos subprincípios ou elementos do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, que possibilitam o controle técnico do conteúdo dos atos estatais em geral. Nesse sentido, aduzindo acerca do abuso do poder de legislar (mácula que suscita o controle dos atos normativos pelo Poder Judiciário), lecionam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

"Na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) assentou, em uma de suas primeiras decisões (23.10.1951), que a sua competência cingia-se à apreciação de legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência. Todavia, 'a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial'. O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (*Verbot der Ermessensmissbrauchs*; *Verbot der Ermessensüberschreitung*). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa parece equiparável, nesse passo, ao excesso de Poder Legislativo. A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de Poder Legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (…)" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1013).

Ainda há que se rechaçar o entendimento daqueles que afastam a aplicação do aludido princípio ao argumento que o mesmo pode ser utilizado como um instrumento apto a proporcionar a *ditadura ou arbítrio do Poder Judiciário* frente aos demais Poderes constituídos, uma vez que representa uma construção teórica bem elaborada justamente para possibilitar o controle sobre a discricionariedade dos atos estatais em geral, repreendendo o *arbítrio* ou *capricho* daqueles agentes públicos dotados de poder decisório.

Eventual risco à segurança jurídica é excepcional e deve ser evitado por meio da aplicação ponderada e razoável do princípio, não tendo tal risco o condão de expurgar do cotidiano jurídico a aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Assim, sua aplicação deve ocorrer sem exageros.

Isto porque o uso irrestrito do princípio constituiria uma verdadeira transposição dos limites impostos na Constituição Federal (LGL\1988\3) às funções do Poder Judiciário ao estabelecer a separação dos poderes.

De outra feita, é indispensável compreender que a aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, como a de qualquer outro princípio, deve desempenhar a função interpretativa prévia à aplicação da lei.

A partir dessa premissa, e considerando a busca incansável da tão almejada *justiça material*, permite-se que o julgador ultrapasse os limites de mero aplicador da lei, típico do Estado Liberal e do positivismo jurídico, adquirindo o papel (político) de participante ativo frente à inconstância do ordenamento jurídico. Ou seja, a correta aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade permite ao julgador delimitar o sentido e o alcance da norma jurídica extraída de certo enunciado normativo.

Cabe também anotar que no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, a verificação acerca da compatibilidade dos atos estatais e, em especial, dos atos normativos infraconstitucionais aos preceitos normativos decorrentes do conteúdo do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade pode se dar antes ou após a entrada no ordenamento jurídico de aludidos atos, uma vez que o controle de constitucionalidade pode ser *preventivo ou prévio* ou *repressivo ou posterior*, e pode ser realizada tanto pelo Poder Legislativo (inclusive pelos Tribunais de Contas)

quanto pelo Poder Executivo e, ainda, pelo Poder Judiciário.

Neste último caso, pode se dar pela via incidental (*via de exceção ou defesa*), quando a questão sobre a razoabilidade ou proporcionalidade da lei ou ato normativo se consubstanciar em questão prejudicial incidental, sendo apenas premissa lógica para o julgamento de um pedido principal, consistente em determinado direito subjetivo buscado pela parte. De outro lado, o controle de constitucionalidade se dará pela via principal (*abstrata ou via de ação*) quando a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo for o objeto (pedido) principal, autônomo e exclusivo da ação exercida.

Cabe por fim esclarecer que *o ato irrazoável ou desproporcional será nulo*, em regra, podendo o STF, se a questão constitucional estiver sendo apreciada por ele, modular no tempo a eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade do ato normativo, hipótese que representa um relativização do dogma da nulidade do ato inconstitucional, atribuindo ao mesmo efeitos válidos por determinado período, embora declarada sua inadequação à Constituição, o que é típico do regime sancionatório da *anulabilidade.*

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade.* São Paulo: Ed. RT, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. _____. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. In: _____. *Temas de direito processual civil - Quarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito processual civil — Ensaios e pareceres.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, X: reversibilidade? *Revista de Informação Legislativa.* n. 158. ano 40. Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo.* São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: *exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: *limites e possibilidades da Constituição brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 2.

_____. *Curso de direito constitucional.* 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2.

BRASIL. Constituição da República (LGL\1988\3) Federativa do Brasil. Promulgada em 05.10.1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constitui%C3%A7ao.htm]. Acesso em: 11.07.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp]. Acesso em: 02.09.2011.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. Os precedentes judiciais no Brasil e a transcendência dos motivos determinantes em sede de fiscalização normativa abstrata. *Jus Navigandi.* ano 14. n. 2.519. Teresina, 25.05.2010. Disponível em: [http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14915].

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.* Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça).

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: *lições de filosofia do direito.* São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil.* 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Vol. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão José Carlos Barbosa Moreira. 2. ed. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

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

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Campinas: Bookseller, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2000.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito.* São Paulo: Ed. RT, 2004.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil.* 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. vol. I.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* Salvador: JusPodivm, 2007. vol. II.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil.* 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. vol. 3.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos.* São Paulo: Saraiva, 1989.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade.* São Paulo: Ed. RT, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Comentários à Constituição de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1992. vol. 2.

_____. *Curso de direito constitucional.* 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: *a sociedade aberta de intérpretes da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962. vol. 2.

_____. *Teoria pura do direito.* 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário.* 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo.* São Paulo: Ed. RT. 2006. vol. I.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *A Constituição brasileira de 1988: interpretações.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa.* ano 41. n. 162. Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 2004.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade. A importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. *Jus Navigandi.* ano 14. n. 2.547. Teresina, 22.06.2010. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=15074].

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo (org.). *A Constituição concretizada.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante*: *sua legitimação e aplicação.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 6. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional positivo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. _____. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: Ed. RT, 1987.