XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Flavia Piva Almeida Leite; Irineu Francisco Barreto Junior; Sébastien Kiwonghi Bizawu. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-730-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na cidade de Porto Alegre - Rio Grande do Sul, nos dias 14 a 16 de novembro, elegeu como tema "Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito", e propiciou a aproximação entre professores e pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, de todo o Brasil.

Com foco na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Grupo de Trabalho 53 foi coordenado por Prof. Dr Sébastien Kiwonghi Bizawu, Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite e Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior.

Os estudos apresentados no GT reiteram a centralidade dos direitos e garantias fundamentais na agenda jurídica contemporânea. Os mandamentos consagrados na Constituição Federal de 1988 e insculpidos nos pactos e acordos internacionais, dos quais o país é signatário, norteiam a abordagem temática dos artigos defendidos no congresso. As pesquisa perpassam temáticas clássicas que abordam desde o direito à morte digna, questões alusivas à cidadania e direitos políticos, politicas públicas focalizadas em idosos, crianças e adolescentes; acesso judicial à medicamentos, exames e tratamentos em saúde, assim como enfoques emergentes que miram a interface entre o fenômeno jurídico e as novas tecnologias de comunicação e informação.

Teóricos modernos e contemporâneos oferecerem o embasamento hermenêutico dos estudos apresentados, dentre os quais destacam-se Hanna Arendt, Robert Alexy e François Ost, entre outros de igual relevo e alcance analítico.

Cabe salientar que o GT se insere, dessa forma, na agenda contemporânea de discussões que envolve o Neoconstitucionalismo e a constitucionalização dos direitos. Essa mirada, simultaneamente, expande o escopo dos direitos fundamentais e provoca uma série de desafios à sociedade brasileira, especialmente de que forma oferecer respostas a essas novas demandas, em tempos de crise econômica e esgarçamento político e social.

Os coordenadores convidam os juristas a conhecerem o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite. Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho.

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu. Escola Superior Dom Helder Câmara.

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior. Mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE À TEORIA DE ROBERT ALEXY.

THE APPLICATION OF PROPORTIONALITY AND REASONABILITY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM IN RELATION TO ROBERT ALEXY'S THEORY.

Thiago Schlottfeldt Nascimento Da Cas [1]

Resumo

No sistema jurídico pátrio, a proporcionalidade e a razoabilidade são tratadas como sinônimos. No presente artigo demonstra-se a diferenciação entre princípios e regras, através da Teoria de Robert Alexy. Para a verificação se são ou não sinônimos, optou-se pela análise histórica, conceitual e estrutural dos institutos. Conclui-se que a proporcionalidade é regra, utilizada para a solução de colisão de princípios, por suas sub-regras, diferentemente da razoabilidade, que é princípio, utilizado para aferir se o meio utilizado é adequado para o fim que se destina. O método de abordagem utilizado é o indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Diferenciação, Princípios, Proporcionalidade, Razoabilidade, Regras

Abstract/Resumen/Résumé

Inside the vernacular judicial system, proportionality and reasonability are treated as synonyms. In this article we demonstrate the differentiation between principles and rules, through the Theory of Robert Alexy. In order to verify whether or not they are synonyms, opted for the historical, conceptual and structural analysis of the institutes. It is concluded that proportionality is a rule, used for the solution of principle collision, by its sub-rules, unlike reason, which is principle, used to assess if the means used is suitable for the intended purpose. The method used is the inductive method and the bibliographic search technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Differentiation, Principles, Proportionality, Reasonability, Rules

[1] Graduado pela Universidade Franciscana. Especialização em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal/RS. Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS.

INTRODUÇÃO

Há muito, no Brasil, utiliza-se uma aplicação, sem critério, no que tange à proporcionalidade e a razoabilidade. Tal fato se deve ao errôneo emprego, por parte da doutrina e da jurisprudência, de que ambos são sinônimos. Partindo desse pressuposto, o presente artigo, pretender diferenciar o princípio da razoabilidade, da regra da proporcionalidade.

Primeiramente, essa diferenciação se dará por meio da conceituação de princípios e regras, seguindo a Teoria de Robert Alexy, e, posteriormente, pela análise histórica, conceitual e estrutural de ambas. Por fim, analisa, como o manuseio de ambos os institutos, muitas vezes, é realizado de forma equivocada.

Nesse sentido, o principal objetivo do presente artigo é demonstrar como ambos os institutos são utilizados de maneira equivocada, junto ao Direito Pátrio, pois não há o respeito as características intrínsecas e extrínsecas de cada um, havendo, muitas vezes, o uso da proporcionalidade travestido de razoabilidade. De igual modo, analisa-se a historicidade e a estrutura da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de elucidar-se a supracitada confusão utilitária.

A metodologia adotada privilegia o método indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

1 PRINCÍPIOS E REGRAS:ANÁLISE CONCEITUAL

Segundo Anizio Pires Gavião Filho (2011 p.29), “o modelo de sistema jurídico do Estado de Direito Constitucional Democrático não pode ser outro senão um modelo de regras e princípios”.

Em relação aos princípios e as regras, há divergências doutrinárias quanto à sua diferenciação, isso ocorre, pois há diversos critérios, tais como, grau de determinalidade, grau de abstração, caráter de fundamentalidade no sistema, entre outros. Nessa esteira, o mais utilizado é o grau de generalidade, ao qual atribui aos princípios grau alto e às regras grau

baixo. No entanto, no presente artigo, para além da divergência doutrinária, utiliza-se o critério da diferença qualitativa, insculpido por Robert Alexy.

Anteriormente ao critério da diferença qualitativa, adotado pelo presente artigo, a ideia geral era de que os princípios corresponderiam às ideias abstratas, com dimensão ético-valorativa, sendo que, no período positivista, segundo Theodoro (2008, p.180), "ganharam alguma força normativa ingressando nos Códigos como fonte normativa subsidiária."

No que tange aos princípios, tratam-se de normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, respeitando-se as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Nesse sentido, Robert Alexy (2008, p.90):

> Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Ainda, assevera Robert Alexy (2008), que os princípios possuem caráter *prima facie*, bem como ocorrendo a colisão entre dois princípios, um terá que ceder, sem a sua declaração de invalidade, tampouco a introdução de uma cláusula de exceção. Contudo, um princípio terá prevalência sobre outro, apenas sob determinadas condições, ou seja, alteradas essas condições, altera-se também o princípio cedente. As colisões entre princípios ocorrem na dimensão de peso.

O sopesamento deve ocorrer toda vez que dois princípios entram em conflito, razão pela qual se obtém a resposta de qual princípio possui maior peso no caso concreto.

Dessa forma, Robert Alexy (2008, p.99), a fim de resolver o supracitado conflito elabora uma "lei de colisão", chegando à conclusão de que:

> Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob condições C: (P1 P P2) C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R.

A supracitada “lei de colisão” é um dos fundamentos da teoria dos princípios insculpida por Robert Alexy.

Já em relação às regras, diferentemente dos princípios, exprimem deveres definitivos, são possuidoras de determinações no âmbito fático e jurídico. Sobre o conceito das mesmas, Alexy nos traz que (2008, p.91):

> Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então se deve fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Alexy (2008, p.92), nos remete ao fato de que, diferentemente dos princípios, no caso de conflito entre regras, é necessária a introdução de uma cláusula de exceção, eliminando o conflito ou que uma das regras seja declarada inválida, pois é impossível que duas regras antagônicas sejam válidas.

À título exemplificativo, sobre à introdução de uma cláusula de exceção, Alexy (2008, p.93) assevera que se dá no caso da proibição de se abandonar a sala de aula antes de soar o aviso de saída e a ordem de abandoná-la em caso de alarme de incêndio. No caso de não soar o aviso de saída, mas sim o alarme de incêndio, os comandos serão conflituosos. Por um lado há a proibição de sair da sala antes da autorização do aviso de saída, por outro lado o dever de abandoná-la diante do alarme de incêndio. Neste caso a introdução da cláusula de exceção resolve o problema. Basta colocar a exceção do alarme de incêndio na proibição de abandonar a sala antes de soar o sinal de saída e o conflito deixa de existir.

Para que se tenha conhecimento de qual regra deve ser considerada válida, é possível a aplicação de outras regras, como, por exemplo, a que nos traz que a lei posterior derroga a anterior, a lei especial derroga a geral, bem como de acordo com a importância de cada uma individualmente. Esses conflitos sempre ocorrem na dimensão de validade. Sobre o ponto, Robert Alexy (2008, p.105) nos traz que:

> Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o

> fim da validade das regras enquanto regras – é que as regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*.

Ainda, sobre o supracitado tema, Alexy (2008, p.93) aduz que nas situações em que diante do conflito não há possibilidade de se recorrer à cláusula de exceção, o problema passa a ser de validade. Pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida. E assim se procederá de duas maneiras: ou se encontra no próprio sistema a solução expressa por regras procedimentais (lei posterior revoga lei anterior, lei especial revoga lei geral) ou pela importância das regras em conflito (lei federal mais importante que lei estadual). Nesse sentido cita o exemplo da colisão de duas regras que tratavam sobre a abertura de lojas. A lei federal permitia a abertura das lojas todos os dias da semana, enquanto a lei de Baden, um dos Estados da Federação Alemã, proibia a abertura do comércio na quarta-feira depois das 13 horas. Como não havia possibilidade de se utilizar cláusula de exceção por expressa proibição do art. 31 da Lei Fundamental, restou ao Tribunal apenas a alternativa de invalidar a lei estadual de Baden.

Nesse sentido, ainda que de forma resumida, realizada a distinção entre princípios e regras, segundo a Teoria de Robert Alexy, no próximo tópico analisar-se-á a proporcionalidade e a razoabilidade.

2 PROPORCIONALIDADE: ORIGEM, CONCEITO E ESTRUTURA

Nos termos da Teoria de Robert Alexy, a proporcionalidade não pode ser conceituada como um princípio e sim como uma regra. Virgílio Afonso da Silva nos traz a seguinte elucidação (2002, p.26):

> O problema terminológico é evidente. O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser chamado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeito em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações.

No mesmo sentido, a proporcionalidade "não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus, ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência" (ÁVILA, 2001, p. 24).

No presente trabalho adotar-se-á a denominação regra da proporcionalidade, uma vez que a proporcionalidade e suas sub-regras, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), são aplicadas mediante subsunção, pois são satisfeitas ou não, e somente regras possuem essa característica.

Quanto a sua origem, a regra da proporcionalidade teve sua primeira aparição no pós-segunda guerra mundial, por meio de construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão, mais precisamente, no final da década de 1950. Em 1958, em um caso conhecido como "Caso das Farmácias", segundo Alexandre Araújo Costa (2008, p.136), ao qual uma lei da Bavária fora declarada inconstitucional por restrição no direito fundamental da livre iniciativa, que o emprego da regra tornou-se mais frequente, bem como aplicado de forma mais coerente.

Superada a questão histórica, a conceituação da regra da proporcionalidade não é algo simples, tendo em vista que, no direito brasileiro, diversos doutrinadores utilizam-se, erroneamente, da fungibilidade entre a proporcionalidade e razoabilidade, misturando-se os conceitos.

Entretanto, para além das divergências, utilizar-se-á o conceito insculpido por Virgílio Afonso da Silva (2002, p.25):

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

Como dito acima, para que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões proporcionais, é preciso respeitar a estrutura própria da proporcionalidade, outrora racionalmente definida pela jurisprudência insculpida pelo Tribunal Constitucional Alemão, com sub-elementos independentes – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em ordem pré-definida.

A nossa Magna Carta alberga direitos fundamentais que, a priori, devem receber aplicação plena e eficaz. Entretanto, nem sempre essa convivência e aplicação simultânea de todos os direitos fundamentais poderá ocorrer, sendo necessário estabelecer critérios para a solução, no caso de colisão entre eles. É exatamente esse o ponto em que a regra da proporcionalidade incide. A correta aplicação da regra da proporcionalidade soluciona a colisão entre direitos fundamentais do nosso ordenamento, sendo imprescindível para que nenhum direito fundamental não seja observado, no caso concreto, sem a necessária importância da satisfação do outro.

Corroborando o exposto acima, Paulo Bonavides (2000, p.395):

> (...) urge quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial. Em verdade, trata-se daquilo que há mais de novo, abrangente e relevante, em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por estes marginalizados, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotada da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas.

Urge abordar o fundamento jurídico dentro do sistema brasileiro. Há bastante divergência doutrinária sobre esse ponto, tanto no sentido de que o fundamento encontra-se no próprio Estado de Direito, como nos artigos 1º, caput, II, III, 5º, II, XXXV e §2º, todos da Constituição Federal. Filiamo-nos ao entendimento de que, segundo Robert Alexy (2008, p.119), "a própria natureza dos princípios implica a regra da proporcionalidade, e essa implica aquela".

Para finalizar o presente tópico, importante analisar as três sub-regras da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.

A adequação possui a sua conceituação, difundida no Brasil, por meio da obra de Gilmar Ferreira Mendes (2001, p.371) a partir da ideia de que "os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado".

Entretanto, tal conceituação mostra-se errônea, pois diversos autores que estudam à fundo as características da regra da proporcionalidade, dentre eles, Vírgilio Afonso da Silva (2002, p.36), asseveram que há uma tradução imprecisa no que se refere ao verbo *fördern*, vez que a tradução mais literal seria "fomentar" e não" alcançar". Assim, adequado não seria somente o meio ao qual à utilização seria alcançada, mas também o meio ao qual o objetivo é fomentado, ainda que não realizado.

Em relação à sub-regra da necessidade, tem-se que, quando o Poder Público escolhe um meio para atingir um fim, deve adotar aquele que cause menos prejuízo possível à coletividade, ou seja, aquele que possua a menor restrição e intervenção possível aos direitos fundamentais.

José Roberto Oliveira Pimenta (2006, p.53) traz que:

> medidas idôneas para o alcance de certo fim podem, todavia, revelar-se indevidamente onerosas e opressoras, se comparáveis a outras com similar adequabilidade. Disso exsurge o dever de necessidade das medidas estatais. Verificada a adequação, somente se legitima o provimento estatal que, dentre os vários existentes e dotados de mesma eficácia, representar o meio menos oneroso ou lesivo.

A diferença da análise da adequação para a necessidade reside no fato de que a primeira é uma anamnese absoluta, enquanto a segunda é um anamnese invariavelmente comparativa.

Já a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, última das sub-regras da proporcionalidade, representa o fato de que, ainda que uma medida seja adequada e necessária para a limitação de um direito fundamental, promovendo outro, não há a observância, por si só, de que será proporcional.

Faz-se necessário, um terceiro exame, por meio da proporcionalidade em sentido estrido, que se exterioriza por um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide.

A proporcionalidade em sentido estrito é bem expressa pela “lei da ponderação”, formulada por Robert Alexy, a partir do brocardo “quanto maior for o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.

3 RAZOABILIDADE: ORIGEM, CONCEITO E ESTRUTURA

O princípio da razoabilidade, para além das divergências doutrinárias, possui sua origem e desenvolvimento ligado ao direito norte-americano, mais precisamente ao devido processo legal. Sobre tal aspecto, Luís Roberto Barroso (1998, p.66):

> O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual, e uma segunda, de cunho substantivo, que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Ambas as supracitadas fases não se excluem, pelo contrário, até os dias atuais, se complementam.

Em relação à primeira fase, marcada por viés processual, não se permitia que o judiciário analisasse qualquer caráter injusto ou arbitrário do ato praticado pelo poder legislativo. Inicialmente era uma garantia voltada ao processo penal, estendendo-se, posteriormente ao processo administrativo e civil. Tratava-se da garantia ao contraditório e a ampla defesa, permitindo o direito ao advogado e o acesso à justiça.

Já em relação à segunda fase, marcada por viés substantivo, exterioriza-se por meio da ascensão do poder judiciário. A partir de tal ponto, passou-se a ter uma análise de mérito dos atos do poder público, havendo uma redefinição da conotação de discricionariedade.

O reconhecimento do caráter substantivo do devido processo legal não se deu de forma pacífica, passando por três fases, conforme assevera Luís Roberto Barroso (1998, p.67):

> (...) a) Sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressiva promovida pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren.

Os casos que merecem destaque, em relação à aplicação substantiva, são Griswold v. Conneccut e Roe v. Wade, sendo que, no primeiro, houve a invalidade de uma lei, do Estado de Connecticut, que incriminava o uso da pílula ou de qualquer outro método contraceptivo e, no segundo, a declaração de inconstitucionalidade de lei que criminalizava o aborto, não admitindo nem anteriormente ao terceiro mês de gravidez.

O princípio da razoabilidade possui sua trajetória histórica intrinsicamente ligada ao devido processo legal e ao direito norte-americano, de modo que os conceitos insculpidos em tal direito percorreram o mundo, repercutindo junto aos ordenamentos dos mais diversos países que buscavam a preservação do poder e o respeito aos direitos de seus cidadãos, inclusive no Brasil.

É bem verdade que o supracitado princípio possui aplicação bem mais vasta e difundida em países que possuem uma constituição sintética, resultando a sua aplicação em um instrumento flexível para a determinação da constituição material ligada a cada época. Em países de constituição analítica, o espaço da aplicação do princípio é sempre menor. No Brasil, possuidor de uma constituição prolixa e casuística, a razoabilidade é amplamente utilizada como limitador do arbítrio de determinados atos.

Junto ao direito pátrio, o princípio da razoabilidade encontra guarida no artigo 5º, LIV, também chamada de cláusula do devido processo legal, não estando expressamente previsto.

A razoabilidade, tendo como base o supracitado fundamento, enseja a "verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins" (BARROSO, 2003, p. 220). O mesmo autor divide a razoabilidade em interna e externa, sendo a interna aquela aferida dentro da lei, trata-se da existência de uma relação racional entre seus motivos, meios e fins. Já a externa é a adequação aos meios e fins admitidos e preconizados por nossa Magna Carta.

A aplicação do princípio da razoabilidade mostra-se essencial toda vez que um ato emanado do poder público venha a limitar um direito fundamental, não se mostrando adequado para a realização de um determinado fim. Sob a mesma ótica, tal princípio é aplicado para regular o devido processo legal, evitando-se a utilização irrazoada do Direito.

4 AS DIFERENÇAS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E A APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Analisadas a origem, conceito e estrutura da proporcionalidade e da razoabilidade, apesar de possuírem objetivos semelhantes, não se pode tratar os dois como sinônimos.

A razoabilidade, como explicado em tópico próprio, exterioriza-se na necessidade de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, levando-se em consideração a aferição da legitimidade dos fins. Nesse sentido, o conceito da razoabilidade corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, ou seja, apenas à exigência da adequação. A regra da proporcionalidade mostra-se mais ampla do que a razoabilidade, não se esgotando apenas na análise da compatibilidade entre meio e fim.

Em linhas gerais, a razoabilidade será utilizada sempre que um ato emanado do poder público limite algum direito fundamental, não se mostrando adequado para o fim que se destina. Já a proporcionalidade é aplicada toda vez que dois princípios estão em conflito, fazendo com que, no caso concreto, um princípio se sobreponha ao outro, desde que respeitadas e analisadas as suas sub-regras.

Junto aos nossos Tribunais, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, o que se presencia é o tratamento da regra da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade como sinônimos. As características individuais de cada um dos institutos não são respeitadas. Em diversas decisões, a exteriorização da proporcionalidade é meramente um *topoi,* meramente um recurso retórico e não sistemático. Não há a aplicação de forma estruturada, limitando-se basicamente a sua citação.

Atualmente, dois dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, possuem o entendimento de que o princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade são sinônimos, dentre eles, Gilmar Ferreira Mendes (2001), que nos traz:

> Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – 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; 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.

No mesmo sentido, Barroso (2003, p. 222), afirma que "é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar de princípio da proporcionalidade". Se fosse assim, estaríamos apenas diante de uma questão terminológica, de preferência do uso por qualquer dos nomes, porém não é o que ocorre.

O recurso de utilização da proporcionalidade é justificado, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, como uma fundamentação pressuposta e, quando fornecida, nos remete ao artigo 5º, LIV, ou seja, o artigo que insculpe a razoabilidade dentro do sistema pátrio.

Corroborando o exposto, alguns autores como Gilmar Ferreira Mendes e Suzana de Toledo Barros sustentam que a proporcionalidade tem ampla aplicação no sistema jurídico pátrio. Esta última assevera que "não são raras as decisões, exaradas por diversos órgãos jurisdicionais, que poderiam ser catalogadas como manifestações do reconhecimento do princípio da proporcionalidade" (1996, p.103).

Nesse sentido, podemos presenciar, como na decisão do HC 76.060-4 (STF, 1998), a utilização da regra da proporcionalidade nos seguintes moldes:

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

A importância do princípio da proporcionalidade é apenas salientada, não havendo uma análise estruturada de sua aplicação, não há referência a qualquer processo racional da regra da proporcionalidade em relação ao ato questionado.

Quando a fundamentação é fornecida, conforme já exposto acima, o artigo 5º, LIV, é utilizado como fundamentação da proporcionalidade, como na ADIn 1407-2 (STF, 2000), vejamos:

> O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.
> A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV).

Ainda que o STF se refira com frequência ao princípio da proporcionalidade, a mesma mostra-se inadequada, pois, na verdade, se refere à razoabilidade, ou seja, na jurisprudência do mesmo não se encontra subsídios para o desenvolvimento da discussão sobre a aplicação da regra da proporcionalidade no Brasil.

Ainda, outro caso que deve ser lembrado, é a liminar, concedida pelo STF, que declarou inconstitucional a exigência da pesagem de botijão de gás na presença do consumidor, instituída por lei estadual no estado do Paraná. Virgilio Afonso da Silva (2002, p.34) nos traz que:

> Não há como não se perguntar se os dispositivos considerados inconstitucionais - não só nessa, mas em várias outras decisões em que se recorreu à regra da proporcionalidade - foram considerados inadequados, desnecessários ou desproporcionais em sentido estrito. Não se sabe. E não há como se saber, visto que o STF não procedeu a nenhum desses exames de forma concreta e isolada. E se não os realizou, não foi aplicada a regra da proporcionalidade.

Dessa forma, na prática, quando da suposta análise da aplicação da regra da proporcionalidade o que presenciamos é a aplicação do princípio da razoabilidade.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como escopo analisar a proporcionalidade e a razoabilidade, essenciais para o Estado Democrático de Direito, especialmente no que tange aos direitos fundamentais. Primeiramente, buscou-se fazer a diferenciação entre princípios e regras, por

meio da Teoria de Robert Alexy, bem como, posteriormente, o estudo da proporcionalidade e da razoabilidade através de sua origem, conceito e estrutura.

Por fim, buscou-se fazer a diferenciação de ambos os institutos, com base na doutrina e jurisprudência, a fim de demonstrarmos a errônea utilização, dentro do direito pátrio, o que muitas vezes gera desrespeito aos direitos fundamentais insculpidos no caso concreto. Ainda, no que tange ao emprego dos dois institutos, inúmeras vezes ocorre o uso da proporcionalidade travestido de razoabilidade, ou seja, as características da proporcionalidade são exteriorizadas como se fosse uma fundamentação pressuposta, quando na verdade estamos diante da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

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

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.4, jul. 2001.

BARROS, Suzana de Toledo**. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional,** São Paulo, v.23, abr-jun. 1998.

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

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

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

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires**. Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO- 2001-GILMAR-MENDES.pdf> Acesso em 04 Jul. 2018.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da**.** O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, 2002.

STF. **HC 76060-4.** 31 de março de 1998. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741112/habeas-corpus-hc-76060-sc> . Acesso em: 01 de julho de 2018.

STF. **ADIn 1407-2**. 13 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14823549/acao-direta-de inconstitucionalidade-adi-1407-df-stf> Acesso em: 02 de julho de 2018.

THEODORO, Marcelo Antonio. A Constituição como um Sistema de Princípio e Regras. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Vol. 65. Out./dez. 2008.