

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE**

**MARCOS LEITE GARCIA**

**HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO**

**CARLOS VICTOR MUZZI FILHO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

E175

Esfera pública, legitimidade e controle [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/  
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Marcos Leite Garcia, Heron José de Santana Gordilho, Carlos Victor Muzzi  
Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-107-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Esfera pública. 3.  
Legitimidade. 4. Controle. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom  
Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

---



# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

O grupo de trabalho Esfera Pública, Legitimidade e Controle tem como norte as questões relacionadas com a legitimidade e o controle da atuação estatal, tendo em vista não apenas as exigências de ordem formal, próprias do Direito Administrativo do Estado Liberal, mas, especialmente, as exigências relacionadas com o (melhor) conteúdo da ação estatal.

Assim, além de abordar temas relacionados com modelos mais contemporâneos de ação do Poder Público (parcerias público-privadas, concessões especiais, parcerias voluntárias e orçamento participativo, especialmente), os trabalhos enfocam o modo de atuação estatal, não mais embasado no modelo unilateral (ato administrativo), mas em mecanismos que enfatizam a bilateralidade e o consenso entre Administração Pública e administrado.

Dáí o exame de questões relacionadas com a segurança jurídica, a convalidação de atos administrativos, a arbitragem, os acordos de leniência e outros mecanismos extrajudiciais para resolução de eventuais litígios, bem ainda com a manifestação de interesse em relação aos procedimentos licitatórios.

Todos esses temas consideram, precipuamente, a legitimidade da atuação estatal, não apenas como a procura por uma maior eficiência técnica e econômica, mas igualmente como forma de preservação e fomento da participação dos administrados, a quem se dirige, em última instância, o próprio agir estatal.

Os trabalhos apresentados, por outro lado, não perdem de vista a preocupação com o controle da atuação estatal. Contudo, não se tem como ponto central dessa preocupação a legalidade meramente formal, que em muitos casos se revela como legalidade estéril (ou legalidade pela legalidade). Em realidade, eles se voltam para o controle do conteúdo e da qualidade da ação estatal, perpassando sobre variados temas, como a definição de coeficientes de resultados nos contratos de parceria público-privada, a boa governança e o controle de gastos públicos, controle jurisdicional da atuação administrativa (contraditório tridimensional, princípio da juridicidade, prescrição intercorrente, princípio da proporcionalidade) e atuação de órgãos administrativos de controle do sistema financeiro nacional.

Noutra toada, o grupo de trabalho ainda contou com estudos de conteúdo mais teórico, que investigam os fundamentos jus-filosóficos da atuação estatal contemporânea, fazendo a conexão com lições vindas da Filosofia e da Política, com apoio em variados marcos teóricos.

Ao leitor, então, fica o convite para a atenta leitura dos trabalhos, cujo amplo espectro teórico e prático oferece um interessante panorama das preocupações mais atuais sobre a legitimidade e o controle da esfera pública estatal.

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS**

**THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY BY THE SUPREME COURT AND THE OBSERVANCE OF THE DUTY TO STATE REASONS RATIONAL JUDGMENTS**

**Antonio Marcos Nohmi  
Walid Machado Botelho Arabi**

**Resumo**

No constitucionalismo contemporâneo, os princípios assumiram um papel de grande relevância, convertendo-se, a partir de seu conteúdo normativo, em valores fundamentais que sustentam a ordem jurídica. Em sede constitucional, órgãos encarregados da jurisdição, na busca da melhor solução, atribuem aos princípios a maior eficácia possível, ainda que entre eles haja um conflito. Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade exsurge como cânone de salvaguarda dos direitos fundamentais, integrado a uma técnica de ponderação de valores. O presente trabalho elabora uma crítica à aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal que o tem empregado sistematicamente em suas decisões sem a observância de critérios lógico-jurídicos preestabelecidos e uma fundamentação racional, conduzindo a juízos subjetivos e arbitrários em detrimento do paradigma de Estado Democrático de Direito, consagrado pela ordem constitucional vigente. Para tanto, foi realizada uma revisão da doutrina pertinente ao tema, bem como um levantamento dos julgados do Supremo Tribunal Federal relacionados ao princípio da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Princípio, Proporcionalidade, Fundamentação, Decisões judiciais, Direitos fundamentais, Supremo tribunal federal

**Abstract/Resumen/Résumé**

In contemporary constitutionalism, the principles have taken on a role of great importance, becoming, from its normative content in fundamental values that underpin the legal order. In thir, bodies responsible for constitutional jurisdiction, in search of the best solution, attach to the principles of efficiency possible, even if there is a conflict between them. In this context, the principle of proportionality arises as canon of safeguarding fundamental rights, integrated with a weighting of values. This paper develops a critique of the application of the principle of proportionality by the Supreme Court that has employed systematically in their decisions without the observance of legal logic pre-set criteria and rational reasons, leading to subjective and arbitrary judgments rather than the paradigm of democratic State Democratic law, enshrined by the constitutional order in force. To this end, a review of pertinent doctrine to the topic, as well as a survey of judged the Supreme Court related to the principle of proportionality.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Principle, Proportionality, Justification, Judicial decisions, Fundamental rights, Supreme court

## **1 INTRODUÇÃO**

A Ciência Jurídica reconhece hoje o caráter normativo dos princípios, considerados como vetores axiológicos que orientam e condicionam a interpretação e aplicação do direito.

Essa concepção, segundo a qual os princípios, assim como as regras, são espécies de normas jurídicas, foi incorporada aos textos constitucionais modernos, sendo fruto do ideário pós-positivista que, a partir da segunda metade do século XX, buscou superar o modelo do positivismo jurídico centrado na primazia da lei e que atribuía aos princípios tão somente uma função normativa subsidiária.

Com efeito, os princípios jurídicos permitiram ao intérprete suplantar o positivismo da lei e buscar no sistema de valores consagrado pela ordem jurídica constitucional a solução mais justa para o caso concreto, e, por isso, despontaram na jurisprudência dos tribunais pátrios como fundamentos para as mais diversas decisões.

Nessa perspectiva, um princípio tem se destacado pela ampla utilização e crescente expansão na solução dos casos levados à apreciação do Poder Judiciário, especialmente no exercício da jurisdição constitucional, diante da colisão de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade.

Por essa razão, faz-se necessária uma análise crítica de sua aplicação, buscando evidenciar os fundamentos, os critérios e, principalmente, a existência de uma justificação racional das decisões judiciais que o invoque, sem a qual a jurisdição se torna expressão de subjetividade, discricionariedade e arbítrio, comprometendo a legitimidade do provimento estatal e colocando em risco o Estado Democrático de Direito.

É o que o presente trabalho, a partir da revisão de estudos doutrinários pertinentes ao tema e do exame dos julgados do Supremo Tribunal Federal relacionados ao princípio da proporcionalidade, se propõe a realizar, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema.

## **2 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE SE CONFUNDEM?**

Antes de tudo, cumpre abordar um aspecto que irrompe grande controvérsia na doutrina e jurisprudência a respeito do princípio da proporcionalidade: a sua freqüente associação com a razoabilidade.

Muitos referem-se a ambos como sinônimos.

Para Luís Roberto Barroso, a proporcionalidade mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade (BARROSO, 2006, p.224).

No mesmo sentido, Suzana de Toledo Barros adverte que os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo *proporcionalidade* ou *proibição de excesso* (*Übermass*) para designar o princípio que os americanos tratam por *razoabilidade* (BARROS, 2003, p.74).

Já o mestre português José Gomes Canotilho insere a razoabilidade e a proporcionalidade no princípio da proibição do excesso (CANOTILHO, 1998, p.260).

Pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal também reconhece essa equivalência, uma vez que aplica tais critérios indistintamente, e, vale dizer, sem qualquer clareza argumentativa.

Na verdade, tem-se que tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade são conceitos fluidos, flexíveis, imprecisos que carregam grande carga de subjetivismo. O que contribui, ainda mais, para o embaraço entre tais figuras.

Essa confusão habitual que se faz, contudo, é defendida por parte da doutrina, desde que tais princípios cumpram seu papel de defender os cidadãos contra atos arbitrários do Poder Público.

Nesse sentido, Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio entendem que:

Embora esta imprecisão terminológica possa trazer algum prejuízo aos mais ciosos da rigidez acadêmica, deve-se notar que em todas as oportunidades em que se tem feito alusão a ditos princípios, esta tem estado em consonância com seus objetivos e conteúdo, que, de uma forma ou de outra, procuram garantir direitos ao cidadão em face de eventual arbítrio do poder estatal (SOUZA; SAMPAIO, 2000, p.36).

Em contraposição a tal entendimento e ressaltando a importância da delimitação dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, Cássio Machado Cavalli, com muita precisão, faz a seguinte advertência:

É comum que seus significados percam clareza conceitual e os termos assumam feição perifrástica, com valor meramente sugestivo-alusivo. O prejuízo, portanto, não é meramente acadêmico, mas prático, pois não há como vedar o arbítrio sem que os métodos de controle racional da lei pela argumentação judicial sejam precisamente conceituados e passíveis, portanto, de argumentação (CAVALLI, 2006, p.218).

O mesmo autor conclui, a partir das lições de Helenilson Cunha Pontes:

É necessário que sejam os conceitos da razoabilidade e do postulado da proporcionalidade cotejados, de tal modo que, delimitadas as suas esferas de significação, (...) se possa aperfeiçoar a argumentação jurídica, em um processo de contínuo aperfeiçoamento da ordem jurídica, mediante a construção prática de um sentido próprio para cada um dos princípios (CAVALLI, 2006, p.218).

Da mesma forma, Humberto Bergmann Ávila entende que:

Tratar fenômenos diversos empregando um só termo dificulta a interpretação e a aplicação do Direito, impede a fundamentação (intersubjetiva) baseada em critérios racionais e limita a possibilidade de controle das decisões. Quanto mais consistentes forem as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídica (ÁVILA, 1999, p.178).

A nosso ver, a zona de interseção entre a razoabilidade e proporcionalidade cinge-se, mormente, ao objetivo para o qual foram criados, qual seja, limitação dos atos do Poder Público, legislativos ou executivos, visando coibir o arbítrio e proteger os direitos individuais do cidadão. Tal semelhança, todavia, não autoriza que lhes sejam atribuídos a mesma significação jurídico-dogmática.

Quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério (SILVA, 2002, p.28).

Trata-se, pois, de figuras jurídicas distintas. A começar pela origem.

De acordo com a doutrina<sup>1</sup>, a origem do princípio da razoabilidade remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 15 de junho de 1215, na Inglaterra, que, posteriormente, no final do século XIX, foi incorporada e consagrada pelo direito norte-americano, por meio da cláusula do *due process of law* (devido processo legal)<sup>2</sup> que, por sua vez, se revestiu de dois aspectos: um de conotação processual (*procedural due process*) relacionado às questões de regularidade do processo, como ampla defesa e contraditório; o

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2006, p.218). Em sentido contrário, Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p.29), para quem, apoiado nas lições de Willis Santiago Guerra Filho, essa identificação histórica é equivocada. O autor alerta para o fato de que, na Inglaterra, fala-se em princípio da *irrazoabilidade*, não da razoabilidade. Informa que a origem concreta de tal princípio encontra-se em decisão judicial proferida em 1948, no *leading case Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*. E, ainda, que o exame de irrazoabilidade, que se tornou conhecido como *teste Wednesbury*, implicava tão-somente rejeitar atos que fossem excepcionalmente irrazoáveis.

<sup>2</sup> Cumpre ressaltar que a previsão da garantia do *due process of law* fez-se em um enunciado elástico, consoante os moldes do sistema de *common law*, onde a doutrina e principalmente o ato decisório do magistrado assumem papel de enorme relevância para a construção do entendimento e aplicação da norma. Desta forma, pôde o princípio, que de início restringia-se a uma garantia de cunho processual, descer águas mais profundas, passando a coibir os desmandos do Poder Público não somente quanto à sua estética processual, mas também quanto ao seu conteúdo, quanto à substância do ato estatal, pautando-se nos parâmetros da razoabilidade e racionalidade. Hodiernamente, as duas vertentes encontram-se igualmente consagradas, e constituem-se em legado de inequívoco valor do constitucionalismo ianque aos demais sistemas jurídicos contemporâneos (SOUZA; SAMPAIO, 2000, p.32).

outro, de cunho substantivo, que permitia o controle dos atos do Poder Público, por meio dos exames de sua razoabilidade (*reasonableness*) e racionalidade (*rationality*).

Diversamente, o princípio da proporcionalidade, como se verá adiante, tem sua origem ligada ao Tribunal Constitucional Alemão.

A dessemelhança entre os referidos princípios, todavia, não se restringe à origem histórica. Mas, substancialmente, radica-se no aspecto estrutural, de composição interna, relacionado, portanto, ao seu conteúdo jurídico.

O princípio da razoabilidade, fundado, como visto, no caráter substantivo do devido processo legal cifra-se na averiguação de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e o objetivo que se visa alcançar com a norma.

Segundo Luís Roberto Barroso, a razoabilidade enseja, ainda, a aferição da legitimidade dos fins que a medida utilizada pretende atingir (BARROSO, 2006, p.220).

O que importa é a relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, como ensina Humberto Ávila:

Qualquer ato proveniente do Poder Executivo ou do Poder Legislativo que não leve em consideração a relação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, viola o postulado da razoabilidade por desprezar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal. Num Estado Democrático de Direito não é tolerável o exercício do poder de forma excludente, desarrazoada, incoerente ou arbitrária (ÁVILA, 2004, p.371).

Assim, o pressuposto de aplicação de tal princípio consiste tão-somente em analisar a relação binária meio-fim. Ou seja, na mera constatação de que o meio previsto pela norma guarda pertinência com o objetivo por ela proposto.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, demanda uma análise mais complexa e consubstancia-se no exame de seus três elementos internos: adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito, que logo serão detalhados.

Nesse sentido, merece destaque a notável síntese elaborada por Luís Virgílio Afonso da Silva:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade

(SILVA, 2002, p.30).

A nosso ver, não há identidade entre tais princípios, a ponto de atribuir-lhes a mesma significação. São *princípios autônomos*, de conteúdo jurídico diverso. E, como tais, não devem ser aplicados como se iguais fossem, pois não o são.

### 3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Do ponto de vista de uma perspectiva histórica<sup>3</sup>, o princípio da proporcionalidade<sup>4</sup> desenvolveu-se, originariamente, no âmbito do direito administrativo, mais especificamente, das normas sobre o poder de polícia e seus limites, evolução que remonta ao Século XIX. Na esfera jurídico-constitucional, acabou alcançando reconhecimento doutrinário e jurisprudencial apenas com a vigência da atual Lei Fundamental da Alemanha, isto é, após 1949 (SCHOLLER, 1999, p.93).

A partir de então, o princípio da proporcionalidade começou, por obra do Tribunal Constitucional Alemão, a ser utilizado como instrumento do controle judicial de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais e a ganhar os contornos que, hoje, lhe são próprios.

Nesse sentido, a Corte Constitucional da Alemanha, em decisão de 1971, estabeleceu o seu conteúdo:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a um direito fundamental (BARROSO, 2006, p.228).

Em sede doutrinária, o princípio da proporcionalidade adveio teoria dos direitos

---

<sup>3</sup> Assim como ocorre com o princípio da razoabilidade, a doutrina também não é uníssona no que se refere à origem do princípio da proporcionalidade. Para J. J. Gomes Canotilho, a dimensão material de tal princípio já estava presente nos séculos XVIII e XIX na idéia britânica de *reasonableness*, no conceito prussiano de *Verhältnismässigkeit*, na figura de *détournement du pouvoir* francês e na categoria italiana do *excesso di potere* (CANOTILHO, 1998, p.261). Carlos Afonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, escorados nas lições de Suzana de Toledo Barros, sustentam que a origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade remontam aos séculos XVII e XVIII, quando, na Inglaterra, surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos iminentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los. É, durante a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito, que, pela primeira vez, emprega-se o princípio da proporcionalidade, visando limitar o poder de atuação do monarca face aos súditos (SOUZA; SAMPAIO, 2000, p.36).

<sup>4</sup> Segundo Paulo Bonavides, na linguagem jurídica alemã, o princípio da proporcionalidade também é comumente denominado “vedação ou proibição de excesso” (*Übermassverbot*). Reconhece, todavia, que a expressão mais em voga, tanto nos trabalhos de autores alemães como suíços, austríacos, franceses e espanhóis vem a ser simplesmente “proporcionalidade” (BONAVIDES, 2004, p.403).

fundamentais proposta por Robert Alexy, especificamente quanto ao sopesamento/ponderação de princípios como solução a colisões havidas entre eles.

Na concepção teórica de Alexy, o choque entre regras em um dado caso concreto leva necessariamente à invalidade de uma delas. Diferentemente, havendo colisão entre princípios, por serem estes mandamentos de otimização e, por isso, aplicáveis na maior medida possível, a solução se dá com sopesamento, a partir da aplicação da máxima da proporcionalidade, na qual o princípio de menor peso dará lugar a outro de maior peso, sem que haja invalidade de qualquer deles.

O princípio da proporcionalidade foi concebido, assim, como parâmetro para o exame de constitucionalidade dos atos estatais que interfiram no âmbito dos direitos fundamentais do cidadão, a partir de um processo lógico e estruturado de controle, firmado nos elementos que o compõem e que serão a seguir analisados.

### 3.1 Subprincípios

Na doutrina pátria, não há divergência no que diz respeito ao conteúdo do princípio da proporcionalidade.

Sob forte influência da doutrina e jurisprudência alemãs, pode ele ser desdobrado, como já visto, em três subprincípios (ou elementos) essenciais, quais sejam: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Antes de analisá-los, porém, cumpre fazer uma observação.

No que tange à forma de aplicação de tais subprincípios, importante compreender a existência de uma ordem pré-definida, segundo a qual a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. (...) Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade (SILVA, 2002, p.34).

Há casos concretos que, dada a sua complexidade, demandam a análise de todos os elementos da proporcionalidade. Outros, entretanto, podem ser solucionados pelo simples exame de adequação; ou de adequação e necessidade.

### 3.1.1 Adequação

Antes de se proceder à análise do conteúdo da adequação, vale registrar que Paulo Bonavides atribui a esse elemento a denominação de *pertinência* ou *aptidão*, e não, *adequação*, como entende a quase-totalidade da doutrina que trata do assunto. O autor, porém, confere-lhe o mesmo conteúdo traçado pelos demais estudiosos. Segundo ele, com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido (BONAVIDES, 2004, p.396).

A adequação consiste na aferição de pertinência entre os meios empregados pela norma e o fim por ela pretendido.

Está relacionada, portanto, aos meios e fins da ação estatal.

Por esse elemento, a proporcionalidade representa, nada mais, que a congruência do meio para a realização do fim desejado pela norma.

Dessa forma, a validade e legitimidade da norma e do ato administrativo estão condicionadas à compatibilidade entre os meios utilizados e a finalidade a ser alcançada.

Sem embargo, há quem afirme que o conteúdo da *adequação*, enquanto elemento da proporcionalidade corresponde, simetricamente, ao princípio da razoabilidade, uma vez que ambos sugerem a coerência entre os meios e os fins previstos na norma<sup>5</sup>.

### 3.1.2 Necessidade

A necessidade diz respeito à avaliação do meio empregado pela norma em face de outros disponíveis e igualmente eficazes para contemplar sua finalidade.

Trata-se de verificar se o meio escolhido pelo legislador para produzir o fim almejado acarreta o menor prejuízo possível ao destinatário dentre as opções existentes.

Havendo, portanto, mais de uma medida adequada, a escolha deve recair sobre aquela que enseja a menor restrição possível a outros direitos.

A medida não deve exceder os limites indispensáveis à consecução da finalidade propugnada.

Diante do caso concreto, ocorrerá uma valoração da medida restritiva utilizada que deverá ser essencial à preservação do direito fundamental, sem que haja outra menos gravosa

---

<sup>5</sup> Esse é o entendimento de Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p.33). Em sentido contrário, Cássio Machado Cavalli (2006, p.220) sustenta que não há como associar a razoabilidade à primeira fase da proporcionalidade, sem que a legitimidade dos fins fique a pairar no vazio argumentativo.

que revele tal condição.

Dessa forma, a norma será inconstitucional se a medida não for adequada ou, se assim for considerada, não se revelar necessária, por haver meio menos gravoso para a consecução da finalidade almejada.

### 3.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Consubstancia-se na ponderação do grau de restrição da medida imposta, fundada em determinado direito fundamental, em relação à concretização de outro direito, também fundamental.

A proporcionalidade em sentido estrito pressupõe a colisão de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. E, na sua aplicação, um deles será privilegiado em detrimento do outro, por apresentar conteúdo valorativo superior àquele que fora preterido.

Consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. (...) Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional (SILVA, 2002, p.40-41).

Contudo, para que a decisão seja legítima, imprescindível a participação ativa do cidadão na formulação dos juízos de ponderação, levando em consideração as particularidades do caso concreto.

Nesse sentido, conquanto expressa no âmbito do direito administrativo, cabe perfeitamente a seguinte observação, também aplicável às decisões judiciais:

Para pleno conhecimento dos interesses em jogo e das razões contrapostas, releva de importância na formulação dos juízos de ponderação a participação do cidadão, seja a título de defesa de direitos individuais (participação *uti singulus*), seja como membro da coletividade, da defesa de interesses difusos e coletivos (participação *uti cives*). Ao direito do cidadão de sustentar seus próprios interesses, soma-se, com especial importância, o interesse da coletividade na obtenção de juízos de ponderação, e de conseqüentes decisões administrativas, dotados do conhecimento pleno das circunstâncias fáticas e argumentos jurídicos que envolvem o caso. A participação dos administrados é também, portanto, insumo essencial para alcance do ponto máximo de otimização e racionalidade na produção de decisões (BINENBOJM, 2005, p.22).

Logo, a proporcionalidade em sentido estrito, exaurida a análise da adequação e necessidade, permite, no caso concreto, através de critérios lógico-argumentativos, com a presença indispensável do jurisdicionado, a opção de uma medida restritiva amparada por um

direito fundamental colidente com outro e em seu prejuízo.

#### **4 CRÍTICA À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Exposto, de forma sucinta, um panorama geral do princípio da proporcionalidade cabe tecer algumas críticas a seu respeito, especialmente no tocante à sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que o princípio da proporcionalidade vem sendo frequentemente empregado no exercício da jurisdição constitucional sem qualquer esforço argumentativo capaz de justificar sua aplicação, ou seja, sem qualquer fundamentação.

Ao ser invocado, não se realiza a análise pormenorizada de seus pressupostos. Como já anotado, o princípio versado compõe-se de três pressupostos que exigem um exame detalhado, com vistas a verificar, a partir de uma construção lógico-argumentativa, se a medida é adequada, necessária, e, eventualmente, ocorrendo a colisão de direitos fundamentais, se foi privilegiado aquele de conteúdo valorativo superior ao que fora preterido. O que, definitivamente, não acontece.

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade ‘para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais’, o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico (SILVA, 2002, p.31).

A esse respeito, importante consignar as palavras de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

No Brasil, essas posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, competente para controlar a constitucionalidade da atuação (e da não atuação) dos órgãos de cúpula do Estado, revelada por um entendimento jurisprudencial inadequado ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, têm levado, de uma perspectiva não somente normativa, mas também objetiva, ao surgimento de verdadeiras *ilhas corporativas de discricionariedade*, o que estará resultando numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político (OLIVEIRA, 2006, p.51).

Na tarefa de realizar a ponderação, diante da colisão de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal negligencia o dever de fundamentar racionalmente as decisões, que acabam por ficar no plano de generalidade e superficialidade. Basta afirmar que o ato questionado é proporcional e, por isso, constitucional, ou o contrário, e pronto.

Atento a essa prática comum dos nossos tribunais, Daniel Sarmento adverte:

muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser (SARMENTO, 2006, p. 200).

A título de ilustração, vale transcrever a ementa da decisão da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/PR<sup>6</sup>, julgado cujo inteiro teor evidencia a crítica aqui sustentada: a total ausência de qualquer justificação jurídico-dogmática acerca dos pressupostos que configuram a essência do princípio da proporcionalidade no caso concreto.

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, §2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica de argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida (BRASIL, STF, 1993)

No caso, o Estado do Paraná aprovou uma lei obrigando que os revendedores de gás pesassem os botijões na frente dos consumidores antes de vendê-los, com fulcro no princípio da defesa do consumidor, previsto no Texto Constitucional. No entanto, a lei foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ser medida irrazoável e não proporcional. Para se chegar a essa conclusão, os julgadores desenvolveram uma argumentação fundamentada, apta a legitimar a decisão judicial? Procederam a uma justificação racional que atenda ao dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988? A análise do julgado permite afirmar que resposta é negativa.

---

<sup>6</sup> Há, na doutrina, quem diga que tal aresto representa o nosso *leading case* em matéria de proporcionalidade, então utilizada como argumento jurídico (SOUZA; SAMPAIO, 2000, p.38).

Portanto, a exposição teórica do princípio da proporcionalidade, com a definição e individualização de seus elementos – *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* – não corresponde à análise prática de sua aplicação, o que enseja decisões com grande vazio argumentativo, gerando risco de arbitrariedades e afronta aos poderes normativos, além de provocar enorme insegurança jurídica.

Nesse contexto, incensuráveis as palavras de Helenilson Cunha Pontes:

A afirmação jurídico-positiva do princípio da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, de fato, exige que se estabeleça algumas distinções que, embora teóricas, são indispensáveis para a demonstração do que se encontra por trás da mera afirmação de que o Estado deve agir sempre de forma proporcional. Com efeito, não raro, observa-se na ordem jurídica brasileira decisões judiciais impondo a necessidade de a atuação estatal ser proporcional, sem a devida ressalva sobre a verdadeira significação jurídico-dogmática desta afirmação (PONTES, 2000, p.74).

Corroborando com esse entendimento, Luís Roberto Barroso assevera:

Seja como for, é necessário seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente, para os fins aqui considerados, os de cunho normativo. Somente essa delimitação de objeto poderá impedir que o princípio se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamentos *ad hoc* (BARROSO, 2006, p.225).

No mesmo sentido, é o magistério de Humberto Bergmann Ávila:

A fundamentação do chamado princípio da proporcionalidade não apresenta razões intersubjetivamente controláveis, na medida em que não estabelece critérios de delimitação da relação meio-fim – absolutamente essencial à aplicação da proporcionalidade –, bem como deixa obscuro o seu fundamento de validade. Enfim, a fundamentação das decisões, em vez de ser clara e congruente, termina sendo ambígua (ÁVILA, 1999, p.152-153).

Contudo, as críticas que repousam sobre o princípio da proporcionalidade não se restringem a essas objeções. Há entendimentos doutrinários rigorosamente contrários à sua aplicabilidade em sede constitucional.

Paulo Bonavides destaca o perigo da aplicação do princípio da proporcionalidade sem o verdadeiro critério de sua compreensão e alcance. Traz o magistério de Hans Huber, que chega a antever, com a irrupção de um princípio tão ‘global’ e ilimitado, a ruína da ordem jurídica, provocada pela dissolução do círculo normativo das regras do direito vigente (BONAVIDES, 2004, p.430).

Suzana de Toledo Barros, em excelente trabalho monográfico, por sua vez, sintetiza as principais censuras abstraídas da doutrina, a respeito da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade:

A sua constante utilização pode provocar uma demasiada intervenção do Judiciário na esfera reservada ao Legislativo, de maneira que o juiz sub-rogue-se no papel político do legislador, a quem cabe instituir a disciplina dos direitos fundamentais. Além disso, a idéia de dar primazia a uma decisão material justa ao caso concreto conduz a um relativismo da aplicação da lei, o que importa em séria ameaça aos princípios da segurança jurídica e igualdade, sobre os quais repousa a própria noção de justiça (BARROS, 2003, p. 206).

E, por fim, aquela que, a nosso ver, se revela a mais importante:

O perigo da aplicação do princípio da proporcionalidade como justificativa para uma ponderação de bens não autorizada por qualquer norma legal, levando a uma conseqüente relatividade do sistema de garantias (BARROS, 2003, p. 207)

Sob outra perspectiva, Jürgen Habermas, crítico da teoria de Alexy, afirma que a ponderação reduz os direitos fundamentais ao plano de valores, e

no caso de uma colisão todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. (HABERMAS, 1997, p. 321)

Ainda segundo Habermas,

na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízes irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. (HABERMAS, 1997, p. 322)

Esse pensamento aponta que a aplicação do princípio da proporcionalidade pelos tribunais constitucionais, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da técnica da ponderação, conduziria à perda do caráter deontológico dos princípios, uma vez que o intérprete, diante da colisão de direitos fundamentais, sopesaria a carga axiológica dos princípios envolvidos, optando por aquele de maior importância no caso concreto, o que violaria o pressuposto de legitimidade ínsito à democracia.

Como se vê, são extremamente sólidos e pertinentes os argumentos que embasam as críticas acerca do princípio da proporcionalidade e, por isso, merecem profunda reflexão.

De toda sorte, uma vez reconhecida, a aplicação de tal princípio deve-se dar de

maneira prudente, criteriosa e metódica com a respectiva e sempre imprescindível justificação jurídico-dogmática.

O princípio da proporcionalidade, da forma como vem sendo empregado pelos operadores do direito, sobretudo, por nossos Tribunais, sem qualquer delimitação objetiva de seus pressupostos, e mais, sem qualquer justificação argumentativa que fundamente a decisão é racionalmente inconcebível e não se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Como o jurista reconstrói normas jurídicas a partir de significados mínimos de textos normativos com base na argumentação, o desconhecimento e a contradição a respeito do seu trabalho inviabilizam a fundamentação, a justificação e a comprovação das decisões interpretativas, impedindo, por consequência, o próprio acesso intersubjetivo à sua fundamentação, com o que, de quebra, se restringe o próprio princípio do Estado de Direito (ÁVILA, 2006, p.49).

Decerto, o Supremo Tribunal Federal vem seguindo a mesma trajetória percorrida pela Corte Alemã na consolidação do princípio da proporcionalidade, conforme se infere das lições de Paulo Bonavides:

O Tribunal Constitucional da Federação Alemã, durante muitos anos, vacilou quanto à terminologia e a fixação de um conteúdo teórico referente ao princípio da proporcionalidade. A linguagem, os conceitos, a aplicação do princípio suscitaram não raro dúvidas e confusões oriundas também da falta de unidade dos arestos no tratamento da matéria – uma deficiência que se sente, embora atenuada, até os nossos dias (BONAVIDES, 2004, p.409).

Importa destacar a advertência de Carlos Ari Sundfeld, segundo a qual os juízes, ao julgarem com base em princípios, não podem fazê-lo de forma superficial, pois

Do contrário teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das intuições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria (SUNDFELD, 2012, p. 84).

Por derradeiro, registre-se que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, dispõe, em seu art. 11, que “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. E prevê, ainda, em seu art. 489, §2º, que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Vê-se, pois, que o legislador, atento à prática danosa dos magistrados de proferirem

decisões sem a devida fundamentação, mormente no exercício da jurisdição constitucional, determinou expressamente que se faça uma justificação racional da decisão, apontando as razões pelas quais se afasta a aplicação de uma norma, bem como os fatos que sustentam a sua conclusão.

Portanto, a partir da vigência do novo diploma processual brasileiro, espera-se que a realidade possa mudar e que os juízes efetivamente observem e cumpram a lei e a Constituição Federal, permitindo que as decisões judiciais sejam racionalmente construídas, reputadas legítimas e, assim, consentâneas com a ordem constitucional vigente.

## **5 CONCLUSÃO**

A par da breve e sucinta exposição feita acerca do princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, buscamos ressaltar sua importância no controle material de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, abordando seus principais aspectos e as críticas que o acompanham, especialmente no que toca à sua crescente, porém, deficiente utilização pelo Supremo Tribunal Federal.

Muito embora tenha sido acolhido pela doutrina e jurisprudência pátrias, assumindo grande relevância no controle de atos do Poder Público, impondo limites à violação de direitos fundamentais, a utilização do princípio da proporcionalidade, em todos os seus aspectos, demanda a participação ativa do jurisdicionado na formação do juízo argumentativo de ponderação.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, na sua aplicação e conseqüente apreciação das restrições impostas pela norma, proceder ao exame racionalmente estruturado da proporcionalidade, ou seja, de todos os seus pressupostos, com a respectiva justificação jurídico-argumentativa, o que, definitivamente, não se observa em suas decisões.

Caso contrário, a proporcionalidade transformar-se-á em um poderoso e perigoso critério normativo para se reconhecerem e legitimarem decisões arbitrárias, representando, assim, grande ameaça ao Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS**

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

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.215, p.151-179, jan/mar.1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.236, p.369-384, abr/jun.2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A teoria dos princípios e o Direito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, p.33-49, fev.2006.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.239, p.1-31, jan/mar.2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-2/Paraná. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 01 de julho de 1993.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALLI, Cássio Machado. A compreensão jurídica do dever de razoabilidade. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n.13, p.201-226, abr/jun.2006.

GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido Processo Legislativo:** uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais:** Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p.23-50, abr.2002.

SCHOLLER, Heinrich. **O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha.** Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet. **Revista Interesse Público**, São Paulo: Notadez, n.2, p.93-107, 1999.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.349, p.29-41, mar. 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos.** São Paulo: Malheiros, 2012.