

Suzana de Toledo Barros

O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE
E O CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE
DAS LEIS RESTRITIVAS DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS



BRASÍLICA JURÍDICA

CAPÍTULO II

O SENTIDO DA PROPORCIONALIDADE

1. AS VARIANTES TERMINOLÓGICAS UTILIZADAS

Impõe-se um esclarecimento inicial no que tange às várias expressões usadas na referência ao cânone sob exame, com o objetivo de determinar as acepções que lhe correspondem. As variações terminológicas estão longe, porém, de neutralizar a sua densidade de sentido e a sua importância prática no controle de constitucionalidade das leis por órgão jurisdicional.

Os americanos falam em **razoabilidade**.⁽⁵⁹⁾ O termo, que qualifica tudo quanto seja **conforme a razão**, tem sentido bastante amplo. Expliquemo-lo melhor com a ajuda do Dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas:

(59) Há quem diga que a própria razoabilidade das leis, para os americanos, também significa mais que um juízo de necessidade, adequação e justa medida das restrições impostas. Ela contempla um juízo de adequação dos valores eleitos pelo legislador como fator de restrição ou discrimen e aqueles aceitos pela sociedade americana. Por isso dizerem alguns autores que a proporcionalidade, mesmo em sentido amplo, seria um aspecto da razoabilidade. Cf. NEVILLE BROWN, *General principles of law and the english legal system*, in: *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Florencia, 1978, pp. 178 e seg., no qual afirma que “*el carácter razonable y la proporcionalidad son nociones o idénticas o, en todo caso, la proporcionalidad es un aspecto del carácter razonable*”, apud ERNESTO PEDRAZ PENALVA, *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, Akal, 1990, p. 288. Entre nós, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., rev. e ampl., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 56, que afirma: “em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade”.

Do uso restrito, que designa a atividade de raciocínio ou dedução lógica de verdade necessária, o termo razão passou a designar mais genericamente o poder do intelecto de formular conceitos e estabelecer relações lógicas de modo a deduzir uma conclusão correta de uma premissa dada ou de fazer um julgamento objetivamente válido a respeito de fenômenos empíricos. Por extensão, passou a significar também uma explicação ou justificação válida e lógica de um acontecimento ou relacionamento; e por outra extensão ainda, qualquer causa ou motivo.⁽⁶⁰⁾

Com efeito, razoabilidade enseja desde logo uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, eqüidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível. Razoabilidade tem, ainda, outros significados, como, por exemplo, bom senso, prudência, moderação.

Nem sempre, então, a utilização do termo **razoabilidade** corresponde ao sentido técnico que a ele será dado no presente trabalho. O intérprete deve estar atento aos seus vários significados.

O Supremo Tribunal Federal utiliza a expressão **razoabilidade** com freqüência. Veja-se com que sentido ela é empregada pela nossa Corte Maior.

Pode-se citar uma referência bastante freqüente à **razoabilidade**, com a amplitude de princípio constitucional destinado a aferir a constitucionalidade das leis, quando está em causa o exame da igualdade, tal como demonstra a ementa abaixo:

Servidor público estadual: legislação estadual que manda contar em dobro o tempo de serviço como Secretário de Estado ou assemelhado para o cálculo do período legal necessário à incorporação do valor da remuneração do cargo em comissão aos vencimentos do cargo efetivo ou aos

(60) Coord. geral Benedicto Silva, 2ª ed., Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 1.025.

correspondentes proventos de aposentadoria: argüição de inconstitucionalidade fundada no princípio constitucional da isonomia: relevância da questão, embora complexa e delicada como sói, quando se cuida de verificar a **razoabilidade** ou não da distinção legal de situações de fato (...)⁽⁶¹⁾

Ultimamente, a expressão **razoabilidade** ou mesmo **princípio da razoabilidade** tem sido invocada pela excel-sa Corte ao negar liminares ou o próprio seguimento de recursos, querendo expressar a exigência de que a causa do pedido ou do próprio recurso esteja articulada com o fim pleiteado, em uma relação, portanto, lógica, e em harmonia com a ordem jurídica vigente. O Ministro Marco Aurélio tem-na adotado com regularidade, como neste despacho:

(...) uma vez argüida a transgressão à Carta, para proceder-se ao exame devido é indispensável o cotejo, que requer a existência de dois enfoques. Daí a razão de ser do prequestionamento. Se a Corte de origem não dirimiu a matéria sob o ângulo constitucional, descabe assentar, contrariando até mesmo o **princípio da razoabilidade**, ou seja, a presunção do ordinário, que, se a Corte enfren-tasse o tema, agiria de forma contrária ao que preconiza-do pela Lei Maior.⁽⁶²⁾

A toda evidência, o Min. Marco Aurélio referiu-se ao princípio da razoabilidade como exigência de racionalidade, atributo que deve ter toda argumentação técnica.

Também a Corte a utiliza com o sentido de aceitável, moderado, regular, como no caso do mandado de injunção, quando se decidiu acerca da mora legislativa, cujo trecho da ementa restou assim redigido:

(61) ADIn nº 489-1/600- DF, Medida Cautelar, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. DJU de 22.11.91.

(62) Despacho exarado no Agravo de Instrumento nº 141.916-4 — S. Paulo, em 22.02.94, publ. no DJU de 22.03.94.

II. Mora legislativa: exigência e caracterização: **critério de razoabilidade**.

A mora — que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa —, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar.⁽⁶³⁾

É preciso deixar claro que nenhum óbice existe à nomeação do princípio ora examinado como **princípio da razoabilidade**, desde que rigorosamente o termo seja entendido com o conteúdo que se propõe na presente monografia.

Os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo **proporcionalidade** ou **proibição de excesso** (*Übermass*) para designar o princípio que os americanos tratam por **razoabilidade**.

Relativamente aos termos **proibição de excesso** ou **vedação de excesso**,⁽⁶⁴⁾ pondera-se a respeito do seu uso que o termo **excesso** é bastante amplo. Por certo, sempre que o legislador atua para além da autorização constitucional, a rigor ele comete o excesso e não somente quando elabora ato legislativo permissivo de uma invasão ou restrição indevida na esfera de direitos ou liberdades dos cidadãos. Nesse sentido,

(63) Mandado de Injunção nº 361-1-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, publ. DJU de 17-06-94.

(64) Segundo PAULO BONAVIDES, “a locução *vedação de excesso*, ou seja, *Übermass*, teve a preferência de importantes juristas desde Jelinek, um clássico do Direito Administrativo, até Peter Lerche, autor de uma originalíssima e fundamental obra sobre o assunto, estampada ao começo da década de 60. Também usaram essa designação Klaus Stern, Hoffmam-Becking, Kloepfer, H. Lisegang e Semer, entre outros” (*Curso de Direito Constitucional* cit., p. 324).

qualquer vício de inconstitucionalidade verificado redundaria em excesso, porque a atividade legislativa é sempre vinculada a limites formais e materiais. Não obstante, como enfatizado, o importante não é o *nomem iuris* que se lhe seja dado, mas a substância de que seja provido.

A expressão **proporcionalidade** tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a **proporcionalidade em sentido estrito** da **proporcionalidade** tomada em sentido lato e que designa o princípio constitucional.

Contudo, para efeito da consecução do presente trabalho adota-se como *nomem juris* para o cânone em apreço o **princípio da proporcionalidade**, por ser a expressão mais usual nos diversos sistemas de direito europeu, a que os autores modernos — alemães, franceses, italianos, espanhóis, portugueses, suíços e austríacos — têm preferido.⁽⁶⁵⁾

O Supremo Tribunal Federal empregou pela primeira vez a expressão **princípio da proporcionalidade** em sede de controle de constitucionalidade, em 1993, quando deferiu a medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense nº 10.248, de 14.01.93, nos termos abaixo:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição 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 da ar-

(65) PAULO BONAVIDES, *op. cit.*, p. 324.

güição 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.⁽⁶⁶⁾

Observa-se que o e. Supremo Tribunal, mesmo aludindo ao termo **proporcionalidade**, não deixou de fazer referência à **razoabilidade**, deixando assente a possibilidade de utilização de ambas as expressões.

2. OS SUBPRINCÍPIOS QUE INTEGRAM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Partindo-se da consideração de que o **princípio da proporcionalidade** condiciona o exercício da função legislativa, de modo a impedir abuso ou fraude à Constituição por meio da lei,⁽⁶⁷⁾ importa compreender a sua substância global exatamente para determinar-se como se dá o controle das leis sob a sua diretiva.

Com efeito, pela análise dos elementos parciais ou sub-princípios do **princípio da proporcionalidade**, poderão ser detectados vícios substanciais da lei em uma perspectiva diversa daquela tradicional, quando está em causa a mera compatibilidade lógico-formal das normas constitucionais.⁽⁶⁸⁾

Essa visão estrutural e funcional do **princípio da proporcionalidade** também tem o condão de justificar a sua qualidade de determinante heterônoma, impositiva de limites não somente negativos, mas especialmente positivos, à ação do legislador.

Para tanto, tomar-se-á como referência a concepção estrutural reconhecida pela generalidade da doutrina alemã, segundo a qual o **princípio da proporcionalidade** (*Verhältnis-*

(66) STF, Pleno, j. 1-07-93, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

(67) Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador-Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pp. 261-263.

(68) *Idem ibidem*, p. 262.

mässigkeitsprinzip) é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: a **adequação** (*Geeignetheit*), a **necessidade** (*Enforderlichkeit*) e a **proporcionalidade em sentido estrito** (*Verhältnismässigkeit*), os quais, em conjunto, dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.

A decomposição do cânone em exame nos subprincípios acima é obra da doutrina mais recente, posto que, anteriormente, se confundiam os conceitos. LERCHE, por exemplo, utilizou a terminologia **proibição de excesso** (*Übermass*) para rotular o princípio, considerando como seus elementos parciais apenas a necessidade e a proporcionalidade, omitindo o subprincípio da adequação. Para ele, o princípio da necessidade conteria dois núcleos, duas idéias que o iluminariam: o **meio mais idôneo** e a **menor restrição possível**, significando que “dentre vários instrumentos possíveis, ou seja, adequados para a obtenção de um fim, só caberia escolher aquele que comporta conseqüências menos gravosas”. Já a proporcionalidade significaria que “a aplicação de um determinado instrumento poderia não ser inadequada para a consecução de um determinado fim”.⁽⁶⁹⁾

Impende assinalar que, na maioria das vezes em que está em julgamento a proporcionalidade de uma medida restritiva, é difícil identificar o vício da lei sob apenas uma das suas vertentes. A violação ao cânone em estudo faz com que se imbriquem os vários elementos que o configuram, e o resultado do teste aplicado pode, ainda, conectar-se com outros tipos de vícios que também afetam o conteúdo da lei. Não raro, a violação ao **princípio da proporcionalidade** vem acompanhada de atentado a outros princípios ou regras constitucionais, mas os fundamentos de cada qual são perfeitamente distinguíveis. É o caso, *v. g.*, de uma restrição desigualitária, em que o legislador, além de impor uma restrição em si mesma desarrazoada, o faz em relação a apenas um grupo de pessoas.

(69) *Übermass und Verfassungsrecht*, 1961, p. 19, *apud* KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 585-586.

2.1. Princípio da Adequação ou da Idoneidade

Um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do **princípio da proporcionalidade**. O controle intrínseco da legislação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?

Isto quer dizer que, sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. A questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade.

Entendido o **princípio da proporcionalidade** como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a **adequação** dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.⁽⁷⁰⁾

Note-se que a possibilidade de controle judicial sobre uma relação de causalidade, entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina, por si só já abala a idéia do legislador onipotente, capaz de criar situações desarrazoadas, incoerentes ou até mesmo bizarras. O juiz, por ocasião do controle de uma medida legislativa com repercussão na esfera de liberdade do cidadão, em um primeiro passo procura deduzir a razão de tal intervenção. Desde que tal fim esteja contido entre aqueles que a legitimam, ou, em outras palavras, desde que esteja o legislador autorizado a proceder restrições naquela situação, deve o magistrado examinar se a medida restritiva é apta a atingir o fim pretendido.

(70) Cf. NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 154. As afirmações do autor estão respaldadas nas considerações expandidas pelo autor alemão W. DEGENER, *Grundsatz der Verhältnismässigkeit und strafprozessuale Zwangsmassnahmen*, Berlin, 1985, p. 34.

Mas um julgamento sobre a pertinência lógica da relação meio-fim não está isento de problemas.

Primeiramente, questiona-se se a adequação há de ser total ou pode ser apenas parcial, isto é, se há ou não exigência de uma absoluta concatenação entre o meio empregado e o resultado obtido. PEDRAZ PENALVA, com apoio na jurisprudência constitucional alemã (β VerfGE 39, 210, 230), entende que não há por que radicalizar o assunto, mostrando que um juízo de adequação se faz em face de uma situação concreta, não se podendo olvidar, contudo, que a lei, como produto da vontade do legislador, é, no momento de sua edição, apenas uma previsão abstrata cujas virtualidades só com o decurso do tempo vão se revelando. Para tanto, destaca um caso em que o TC alemão declarou constitucional uma medida tributária, tendo em vista que o tempo compreendido entre a data da sentença e a da edição da lei se mostrava demasiado breve “para se comprovar estivesse excluída a realização do objetivo perseguido pelo legislador” (β VerfGE 16, 147).⁽⁷¹⁾

O exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando inequivocadamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada. Sob esse prisma, é lícito que o legislador se equivoque acerca do desenvolvimento de seu prognóstico.⁽⁷²⁾ E é exatamente à conta da possibilidade de erro de prognose legislativa que se sustenta deva, a adequação, ser aferida no momento em que o legislador tomou a sua decisão, a fim de que se possa estimar se, naquela ocasião, os meios adotados eram apropriados aos objetivos pretendidos.

É possível, pois, que uma lei contemple, ou pareça contemplar, no momento de sua edição, uma relação meio-fim adequada e, ao longo do tempo, mostre-se discordante do programa da Lei Fundamental, seja porque os efeitos previstos não ocor-

(71) Cf. nota 92, op. cit., p. 296, em que o autor reporta-se a RESS (Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht, in: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, p. 19).

(72) Cf., ainda, ERNESTO PEDRAZ PENALVA, op. cit., pp. 294-295.

reram, seja porque se tenham verificado ulteriores conseqüências jurídicas indesejáveis. Essa circunstância é muito comum em se tratando de leis interventivas na economia e não está apta a justificar um juízo de inadequação. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão acentuou que a prognose legislativa só pode ser aferida em face do contexto político-econômico ao tempo da edição da lei (β VerfGE 30, 292, 316).⁽⁷³⁾

Quanto à incompatibilidade futura da lei com a Constituição, o problema aloca-se não mais na adequação, no sentido aqui tratado, mas no processo de inconstitucionalização da providência legislativa, decorrente de vários fatores, principalmente da mudança das relações fáticas.⁽⁷⁴⁾ A Corte Constitucional não se deve furtar ao exame da constitucionalidade da lei, porque já tenha emitido manifestação sobre a idoneidade da relação meio-fim da medida legal. Apenas se supõe tecnicamente incorreto um duplo juízo sobre a adequação desta relação.

2.2. Princípio da Necessidade ou da Exigibilidade

O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Assim, explicam-se os dois núcleos (ou subprincípios) a que LERCHE referiu-se: o meio mais idôneo e a menor restrição possível.

(73) Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, A Reforma Monetária de 1990 — Problemática Jurídica da Chamada “Retenção dos Ativos Financeiros” (Lei 8.024, de 12.04.1990), in: *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, n. 112, p. 294. No mesmo sentido, ERNESTO PEDRAZ PENALVA, *op. cit.*, p. 296.

(74) A doutrina esforça-se para superar o embaraço decorrente do decreto da inconstitucionalidade (superveniente) de uma medida legislativa por evolução hermenêutica, querendo dizer que, nesses casos, não estaria configurado um processo de inconstitucionalização, tal como quando ocorre em se tratando da própria alteração das relações fáticas, mas apenas sendo declarado o vício já anteriormente existente (Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 93).

A exigibilidade, como advertiu GRABITZ, é um atributo obtido a partir de uma relação: examina-se se o meio eleito para a consecução do fim proposto era aconselhável e não se, em si mesmo, era exigível, porque não se pode jamais olvidar que o **princípio da proporcionalidade** contempla o exame da norma legal no plano **intrínseco**, ou seja, sob a ótica da sua conexão material entre meios e fins.⁽⁷⁵⁾

Portanto, se se puder afirmar a arbitrariedade da eleição de uma medida restritiva em face da ausência de autorização para que o legislador possa efetivá-la, não se estará diante de um caso de inconstitucionalidade material por afronta ao **princípio da proporcionalidade**, mas de um caso de desrespeito à Constituição por violação do princípio da reserva de lei.⁽⁷⁶⁾ Um exame preliminar, para se certificar de que o legislador está autorizado a impor restrições a determinado ou determinados direitos fundamentais, revela-se indispensável. A sujeição de uma lei restritiva de direito ao controle da proporcionalidade tem como pressuposto ter sido examinada a questão dessa autorização.

Na consideração de que uma medida é inexigível ou desnecessária, e que, por isso, fere o **princípio da proporcionalidade**, é importante se possa indicar outra medida menos gravosa — **menor restrição** — e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um melhor resultado — **meio mais idôneo**. Segue-se não se poder formar um juízo de exigência da providência legislativa restritiva, se não se recorrer à ponderação entre meio utilizado e fim a ser atingido.

O BVerfG nega ou declara inconstitucional a exigibilidade de um meio quando resta claro desde logo que se pode recorrer a outro igualmente eficaz, porém menos lesivo, ou quando se comprova ter sido possível alcançar o mesmo objetivo

(75) *Apud* ERNESTO PEDRAZ PENALVA, *op. cit.*, p. 296.

(76) No mesmo sentido, NICOLAS GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 99: “*si el fin hacia el que las medidas se orientan es ilegítimo o irrelevante no resulta necesario descender al estudio de los medios empleados. La medida ha de reputarse de antemano inadmisibile por ser absolutamente arbitraria.*”

com um meio menos restritivo.⁽⁷⁷⁾ Assim decidiu no caso do armazenamento de petróleo (*Mineralölbevorratungspflicht*), por sentença de 16 de março de 1971: “é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental”.

A **necessidade** de uma medida restritiva, bem de ver, traduz-se por um juízo positivo, pois não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o que menor lesividade causa. O juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos conseqüências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado. ALEXY caracterizou-a da seguinte forma: para a consecução de um fim **F**, exigido por um direito **D1**, existem, pelo menos, dois meios, **M1** e **M2**, que são igualmente adequados para promover **F**. **M2** afeta menos intensamente o titular de **D1**, já que **M1** restringe um outro direito seu **D2**. Para atingir **F** e realizar **D1** é indiferente se eleja **M1** ou **M2**, mas para o titular dos direitos **D1** e **D2** só **M2** é exigível.⁽⁷⁸⁾

É forçoso concluir que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional. GILMAR FERREIRA MENDES, citando PIEROTH e SCHLINK, observa: “apenas o que é **adequado** pode ser **necessário**, mas o que é **necessário** não pode ser **inadequado**”.⁽⁷⁹⁾

Acresce aduzir que o juízo acerca da exigibilidade de uma medida restritiva não se dará senão pela valoração complementar no caso concreto, que envolve uma avaliação sobre o grau de afetação do destinatário, em função do meio eleito.⁽⁸⁰⁾ Haverá aqui, portanto, uma margem de livre apreciação do juiz que nem por isso retira o seu caráter objetivo, antes se ex-

(77) NICOLAS GONZALEZ — CUELLAR SERRANO, *op. cit.*, p. 296.

(78) *Op. cit.*, pp. 113-114.

(79) “A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade ...”, *cit.*, p. 15.

(80) Cf. ERNESTO PEDRAZ PENALVA, *op. cit.*, p. 296.

plica em função da própria natureza da ciência do direito. O que se pretende apenas registrar é que o processo de avaliação da **necessidade** de uma medida legal restritiva de direito é controlável e pode ser, em inúmeras situações, respaldada por provas, já que, assim como em relação ao subprincípio da adequação, está ligada à otimização de possibilidades fáticas.

A aferição da necessidade de uma restrição a direito fundamental dá-se tanto qualitativa como quantitativamente. De fato, uma medida legislativa restritiva considerada apta quanto ao modo de restrição conducente ao resultado a ser obtido pode-se revelar totalmente inadequada quando se questiona, por exemplo, a sua duração no tempo.

É possível, tecnicamente, estabelecer uma relação de pertinência lógica entre a duração de uma medida restritiva e a finalidade para a qual foi imposta, sobretudo quando estão em causa medidas processuais cautelares, seja no processo civil ou penal.⁽⁸¹⁾ Para ilustrar o que se disse, tome-se o caso da previsão constitucional do inciso XII do art. 5º da CF, permitindo o legislador impor restrição ao sigilo das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Seria lícito que a lei facultasse a interceptação telefônica **durante o tempo necessário para a complementação da investigação**, possibilitando redundasse em uma intervenção *ad eternum* quando estivessem sob suspeita criminosos pertencentes a organizações voltadas para a prá-

(81) Cf. explica NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR SERRANO: "*una medida procesal restrictiva de derechos fundamentales, cualitativamente adecuada con el fin perseguido, puede ser intolerable en un Estado de Derecho si su duración e intensidad no son exigidas por la propia finalidad que pretenda alcanzar, cualquiera que sea el carácter del proceso y el fin de la medida. Así lo ha puesto de manifiesto el T.C. en relación con el proceso civil, em la S.T.C 178/85, de 19 de diciembre, relativa ao arresto del quebrado, y el mismo T.E.D.H en el ámbito de las medidas de seguridad. Dicho Tribunal ha declarado, en una reiterada jurisprudencia, que la privación de libertad de un 'enajenado' sólo és admisible si la enajenación ha sido probada y si reviste un carácter o amplitud que legitime el internamiento*" (op. cit., pp. 172-173).

tica permanente de crimes? Pensa-se que, em homenagem ao princípio da necessidade, o legislador deve fixar quantitativamente o tempo máximo de uma excepcional medida de restrição a direito fundamental como a enunciada, justamente para evitar que a exceção se torne regra e, por via transversa, se aniquile a garantia constitucional.

2.3. Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.

Isso quer dizer que o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro.

Assim, é de refletir-se sobre a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade da lei, com fundamento na proporcionalidade em sentido estrito, quando em exame medidas legais que, embora se proponham a dar garantia a um determinado direito, acabam por afetar, via reflexa, outro também protegido constitucionalmente, situação ensejadora de uma coli-

são de direitos. Representando esta situação, ter-se-ia que, se o meio **M1** propicia a melhor realização do direito **D1**, mas impõe uma carga coativa exacerbada ao direito **D2**, está autorizada uma ponderação entre as vantagens proporcionadas a **D1** e o prejuízos a **D2**, de maneira que o juiz pode concluir pela inviabilidade da medida adotada, em razão da desproporção verificada entre o meio utilizado e o resultado obtido.

A diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está, portanto, no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas.⁽⁸²⁾

A proporcionalidade *strictu sensu* encontra seu verdadeiro sentido quando conectada aos outros princípios da adequação e necessidade e, por isso mesmo, representa sempre a terceira dimensão do **princípio da proporcionalidade**. Quando estão em causa situações nas quais não se pode concluir qual seria o meio menos restritivo, porque a constelação do caso é bastante ampla e com várias repercussões na ordem constitucional, somente a ponderação entre os valores em jogo pode resultar na escolha da medida. Imagine-se a situação em que **M1** e **M2** são meios igualmente adequados para a realização de um fim **F**, reclamado pelo direito **D1**. **M2** afeta a realização de **D2** menos que **M1**, mas, em contrapartida, **M1** é menos restritivo a **D3** que **M2**. Nesse caso, a máxima da necessidade não permite decisão alguma entre as três hipóteses que surgem: a) eleger **M1**, realizar **D1** e, com isto, estabelecer preferência de **D3** frente a **D2**; b) eleger **M2**, realizar **D1**, dando-se prevalência a **D2** em relação a **D3**, ou c) não eleger nem **M1** nem **M2**, elegendo preferência de **D2** conjuntamente com **D3** frente a **D1**.⁽⁸³⁾ Qualquer que seja a escolha, esta será dada pela justificativa da precedência de um direito sobre o outro, exigida pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Para ilustrar um juízo de proporcionalidade em sentido amplo desenvolvido pelo judiciário, cita-se o julgamento da

(82) Cf. ROBERT ALEXY, *op. cit.*, pp. 112-113.

(83) *Idem ibidem*, nota 86, p. 113.

Corte Constitucional alemã em razão da reforma penal de 18 de junho de 1974, que modificou as condições de punibilidade do aborto.⁽⁸⁴⁾ A questão levada ao Tribunal estava relacionada com o prazo para a interrupção da gravidez. Segundo o dispositivo legal examinado, esta interrupção não seria punível, em determinadas situações elencadas, “durante as 12 primeiras semanas seguintes à concepção”. A Corte Constitucional declarou a incompatibilidade desta disposição com o art. 2º.2, primeira parte, da lei Fundamental, que garante o direito à vida e à integridade física, entendendo que a norma de direito fundamental também se destina à proteção da vida da mãe.

A decisão ocorreu em três etapas. Na primeira, foi reconhecida “uma situação de tensão entre a proteção da vida do nascituro e a liberdade da mãe”. Depois de haver comprovado a colisão entre direitos de igual hierarquia (D1 e D2), o Tribunal, sopesando vários argumentos, estabeleceu uma **precedência genérica** de D1 sobre D2, no sentido de que a vida do feto, em princípio, desfruta da prevalência sobre a liberdade da mulher de dispor sobre si mesma e que o Estado também tem obrigação de proteger a vida em formação frente ao direito da mãe. Essa precedência genérica foi, entretanto, ponderada em uma derradeira etapa, na qual se concluiu que, em face de circunstâncias especiais, principalmente quando existe perigo de vida para a mulher ou quando a gravidez resulta de crime, não se poderia exigir da afetada suportar esta gravidez, independentemente do estágio de desenvolvimento do feto. Em homenagem ao **princípio da proporcionalidade** entre meios e fins, o tribunal julgou o prazo de 120 dias atentatório à esfera de direitos da mãe.

A proporcionalidade em sentido estrito, como visto, é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser in-

(84) Cf. HANS RUPP, *El Tribunal Constitucional Federal Aleman, in: Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, op. cit.* (nota 24), p. 337.

ferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo, dando margem à tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito.⁽⁸⁵⁾

Um tal controle proposto, pela verificação da proporcionalidade entre meios e fins, pode, porém, ser empreendido segundo orientações que se vão firmando nos Tribunais, de modo a constituir-se em idéias objetivas de justa medida. Assim, por exemplo, o Tribunal Constitucional alemão criou três critérios, a partir dos quais faz a ponderação dos meios em relação aos fins, em se tratando de direitos fundamentais: a) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; c) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal (o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade).⁽⁸⁶⁾

Especificamente em relação ao direito de propriedade confrontado com o princípio da função social, GILMAR FERREIRA MENDES, com apoio no magistério de PIEROTH e SCHLINK, traz à colação as condições mediante as quais o *Bundesverfassungsgericht* sistematizou a aplicação do **princípio da proporcionalidade**:

- a) o legislador deve considerar as peculiaridades do bem ou valor patrimonial objeto da proteção constitucional;
- b) o legislador deve considerar o significado do bem para o proprietário;

(85) Cf. NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, referindo-se a RUPP, que considera que um contrapeso pressupõe um sistema de medida comum a objetos, impróprio, portanto, a direitos, cuja estrutura diferenciada não ensejaria comparação ou compensação (*op. cit.*, p. 231).

(86) Cf. ERNESTO PEDRAZ PENALVA, *op. cit.*, p. 299.

c) o legislador deve assegurar uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria **substância** do direito de propriedade. Embora não se tenha uma expropriação propriamente dita, a observância do princípio da proporcionalidade recomenda que se assegure ao proprietário que sofreu graves prejuízos com a implementação de providência legislativa uma compensação financeira;

d) se possível, deve o legislador atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias (*Übergangsregelungen*), evitando as situações traumáticas, de difícil superação (*Härtenfällen*).⁽⁸⁷⁾

Também a consideração de outros princípios, como o da concordância prática e da proteção do núcleo essencial, limitam sobremaneira a atividade judicial, de modo a impedir uma precipitada ponderação de bens no caso concreto, garantindo um criterioso controle da proporcionalidade em sentido estrito das medidas restritivas de direito.

(87) "A Reforma Monetária de 1990...", cit., p. 288.

CAPÍTULO III

CONFIGURAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Outorgar dignidade constitucional a um princípio exige de qualquer estudioso não só sua conceituação, mas também o questionamento acerca dos preceitos constitucionais que lhe dão sustentação e lhe garantem tal categoria, bem assim a constatação de sua aplicação pelos Tribunais.

Portanto, a justificação de qualquer princípio constitucional deve-se dar em face de uma determinada ordem jurídica. Em que pese a indiscutível importância do estudo de direito comparado, não basta transladar do direito alienígena os argumentos em prol do reconhecimento deste ou daquele princípio. Sob este enfoque, o **princípio da proporcionalidade** há de ser examinado como norma da Constituição Brasileira de 1988.

Algumas noções teóricas acerca do que se entende por uma ordem jurídico-constitucional são, porém, indispensáveis premissas.

A estrutura normativa da Constituição é dada por um sistema interno de princípios e regras jurídicas. Este sistema é ordenado segundo uma escala hierárquica, não em função dos valores das normas em si mesmas consideradas, mas tendo em

vista o grau de densidade que cada qual oferece. Quanto mais geral o seu conteúdo, tanto maior a necessidade de concretização da norma.

A compreensão da própria idéia de sistema, como ensina CANARIS, leva a desvendar o “jogo concertado” dos princípios, e por ele se descobre que, no conjunto de uma regulação, “os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas”.⁽⁸⁸⁾

Sobre a diferença entre princípios constitucionais e regras de igual envergadura, tem, a doutrina, demonstrado que é antes de tudo fluido este limite. Essa distinção é fundamental para o esclarecimento de alguns pontos delicados que envolvem a aplicação do cânone proporcionalidade; por isso, dela ir-se-á tratar, com especificidade, no capítulo seguinte. Por ora, basta a compreensão preliminar de que os princípios, por serem mais genéricos que as regras, não estariam aptos a permitir uma subsunção das situações de fato, carecendo, portanto, de uma medida maior de concretização. Por outro lado, “os princípios se beneficiam de uma objetividade e presencialidade que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular”.⁽⁸⁹⁾

Vistos sob esse prisma, os princípios jurídicos constitucionais, como “idéias jurídicas materiais que lograram uma consciência jurídica geral”,⁽⁹⁰⁾ podem já estar escritos no texto da Constituição, como podem estar implícitos. Logo, por um processo de permanente adequação do sentido da Constituição, é natural que alguns princípios vão sendo descobertos e, graças à sua força de convicção, vão-se impondo nessa ordem jurídica como aptos a solucionar os casos concretos, qualificando o sistema interno como sistema aberto. ESSER descreve o *iter* de formação dos princípios, alegando que os mesmos

(88) *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 92.

(89) J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 4^a ed., Almedina, 1989, p. 119.

(90) Cf. KARL LARENZ, *op. cit.*, p. 577.

nascem, primeiro, inconscientemente, “num longo processo subterrâneo (...) até que por fim a descoberta, a *inventio* de uma idéia até então desprovida de forma, encontra de súbito uma formulação convincente e que não mais se confunde com a mera interpretação e construção do que já existe no Direito positivo”.⁽⁹¹⁾

Este processo de descoberta de idéias jurídicas gerais, que pautarão condutas concretas, normalmente resulta do trabalho hermenêutico dos juízes. Nesse sentido, conclui LARENZ: “à sentença judicial, especialmente à prática jurisprudencial constante, cabe, então, o papel de funcionar como um **transformador dos princípios pré-positivos em proposições e instituições jurídicas positivas**”.⁽⁹²⁾

A existência do **princípio da proporcionalidade** no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível haver-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais.

2. A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina argumenta sobre a necessidade de precisar-se a *sedes materiae* do cânone da proporcionalidade nos sistemas de direito em que ele não está escrito na Constituição, exatamente para respaldar sua aplicação e conseqüente imposição.

A justificação constitucional de um princípio reveste-se, ainda, de enorme importância prática. Entre nós, o reconhecimento da normatividade constitucional do **princípio da proporcionalidade** legitima-o a figurar como fundamento do recurso extraordinário, nos termos do inciso III do art. 102 da CF. Em relação à declaração de inconstitucionalidade, além de viabilizar o controle difuso das leis, sua inobservância pe-

(91) *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, p. 52, *apud* KARL LARENZ, *op. cit.*, p. 162.

(92) *Op. cit.*, p. 162.

lo legislador pode ensejar o controle abstrato dos atos legislativos, por meio da ação direta (art. 102, I, a).

Tanto no direito administrativo como no direito penal, em que a idéia de proporcionalidade é constantemente sufragada, a utilização do cânone em apreço liga-se, invariavelmente, à aplicação de restrições a direitos. Mas quando se trata de atribuir-lhe funcionalidade em instância da própria criação destas restrições, ou seja, no nível do legislador, sobrevêm algumas dificuldades, porque o que está em jogo é a verificação dos limites do poder político para regulamentar o exercício dos direitos constitucionalmente consagrados, poder esse que tem uma vastíssima liberdade criadora imanente.

Conquanto o **princípio da proporcionalidade** esteja em plena expansão de sentido, pelos aportes científicos constantes que lhe são atribuídos, como princípio dirigido ao legislador encontra sua primordial função no âmbito dos direitos fundamentais, dado o regime diferenciado previsto para este tipo de direitos. Isto evidentemente não significa não possa ser utilizado em face de outros direitos, mas, sim, ser questionável a amplitude de sua aplicação.

Já restou dito que o problema dos direitos fundamentais hoje está calcado na problemática de sua efetividade. A garantia de sua eficácia jurídica e material não se resolveu com a simples positivação do seu conteúdo em uma carta constitucional, haja vista a Constituição de Weimar, que foi solapada pelo nazismo. Foi de fato necessária uma reinterpretação do valor da Constituição como garantia dos direitos fundamentais. Nessa virada que se operou dentro da ciência do direito constitucional, a pauta de bens e valores inscrita na Constituição foi tida como uma pauta mínima e, ao mesmo tempo, vinculante para todos, até mesmo para o Estado, deixando de ser considerada mera carta de intenções ou mero programa de governo.

A partir desse novo contexto, infere-se, com certa facilidade, que a **dignidade do homem**, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige possibilidade de

abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz ínsita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos.

A Carta Brasileira de 1988 assimilou, de um modo geral, as tendências do novo arquétipo do Estado constitucional. A par de expressamente considerar a dignidade humana princípio fundamental do Estado Brasileiro (art. 1º) e de aumentar, em relação às Constituições anteriores, o rol dos direitos e garantias fundamentais, conferiu-lhes **aplicabilidade imediata** (art. 5º, § 1º) e tratou de assegurar-lhes expectativa de expansão, segundo a cláusula aberta assim redigida: “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” (art. 5º, § 2º).

Ainda sinalizando mudanças substanciais para dar especial proteção aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, mantendo a garantia de eternidade (art. 60, § 4º, IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, II), ampliou o princípio da proteção judiciária (art. 5º, XXXV) com a criação de instrumentos processuais tendentes a coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), e explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade (art. 5º, LIV).

O **princípio da proporcionalidade**, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de **garantia especial**, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (Hesse).

Entre estas idéias principais, o **princípio da proporcionalidade** complementa o princípio da reserva legal (art. 5º, II), entendido este como submissão de uma determinada ma-

téria — como a dos direitos fundamentais — exclusivamente à lei formal. E ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no princípio da **reserva legal proporcional** ou, ainda, no **devido processo legal substancial**.⁽⁹³⁾

De fato, a reserva legal não é suficiente para evitar-se a edição de leis excessiva ou desnecessariamente restritivas. Não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entende cabíveis, quando autorizado a impor limites aos direitos fundamentais. Se assim fosse, as garantias formuladas em defesa desses direitos seriam todas ilusórias e despidas de qualquer sentido. O Ministro Rodrigues Alckmin, ao julgar a representação de inconstitucionalidade da Lei nº 4.116, de 27.8.62, que regulamentou o exercício da profissão de corretor de imóveis, considerou imprescindível que as restrições a direitos fossem dotadas de razoabilidade, após indagar: “Que adiantaria afirmar **livre** o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?”⁽⁹⁴⁾

Com toda certeza, restrições demasiadas podem até aniquilar o próprio direito restringido ou direitos conexos, comprometendo a própria noção de Estado de Direito Democrático. Enfim, são inúmeras as formulações jurídicas, expressas ou implícitas, referentes aos direitos fundamentais, a partir das quais justifica-se um controle o mais amplo possível dos atos legislativos, inviabilizando qualquer invasão indevida do legislador às posições jurídicas asseguradas aos indivíduos em razão da Constituição. E o **princípio da proporcionalidade**, como categoria dogmática, responde, sem dúvida alguma, a essa necessidade de **cobrir** os espaços pouco sindicáveis pelo judiciário, sobretudo em termos de controle da lei.

Por isso, não parece correto assinalar uma dualidade de posições entre a fundamentação do **princípio da proporcio-**

(93) Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade...*, cit., p. 15.

(94) Rep. nº 930-DF, de 5.5.76.

nalidade a partir da essência dos direitos fundamentais e aquela outra, a partir da concepção de Estado de Direito, já que ambas constituem idéias indissociáveis.⁽⁹⁵⁾ Posto isto, compreende-se também que a proporcionalidade é um princípio concretizado a partir do cânone do Estado de Direito.

Averbe-se, por importante, que os pressupostos jurídicos do Estado de Direito, desde sua formulação original, sempre se constituíram em meios técnicos de defesa dos direitos fundamentais: constituição formal, separação de poderes, escolha de representantes políticos pelo povo com mandato determinado, controle de constitucionalidade das leis, submissão dos poderes ao princípio da legalidade, proteção judiciária etc. A respeito, MANUEL GARCIA PELAYO nos brinda com suas reflexões:

Conviene comenzar por recordar que Estado de Derecho es, en su formulación originaria, un concepto polémico orientado contra el Estado absolutista, es decir, contra el Estado poder y, especialmente, contra el Estado policía que trataba de fomentar el desarrollo general del país ; hacer la felicidad de sus súbditos a costa de incómodas intervenciones administrativas en la vida privada y que, como corresponde a un Estado burocrático, no era incompatible con la sujeción de los funcionarios y de los jueces a la legalidad. El Estado de Derecho, en su prístino sentido, es un Estado cuya función capital es establecer y mantener el Derecho y cuyos límites de acción están rigu-

(95) Comentando o assunto, PAULO BONAVIDES, com arrimo em MAUNZ e DÜRIG, esclarece que o problema da “sede materiae” (*sic*) do princípio da proporcionalidade ficou sujeito a oscilações: “primeiro, buscou-se derivá-lo da garantia da intangibilidade conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; a seguir, inclinaram-se os arestos do Tribunal Constitucional [alemão] para uma fundamentação ora a partir dos direitos fundamentais, ora a partir do Estado de Direito, prevalecendo, após alguma vacilação, o parecer de último dominante e, por sem dúvida mais correto, segundo o qual é mesmo no Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação” (*op. cit.*, p. 323).

*rosamente definidos por éste, pero, bien entendido que Derecho no se identifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido — pues, como acabamos de decir, el Estado absolutista no excluía la legalidad — sino con una normatividad acorde con la idea de la legitimidad, de la justicia, de los fines e de los valores a los que debía servir el Derecho, en resumen, con una normatividad acorde con la **idea del Derecho** (...) Por consiguiente, si bien la legalidad es un componente de la idea del Estado de Derecho, no es menos cierto que éste no se identifica con cualquier legalidad, sino con una legalidad de determinado contenido y, sobre todo, con una legalidad que no lesione ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en unas normas o principios que la ley no puede violar.⁽⁹⁶⁾*

O Estado de Direito é, portanto, aquele que define e respeita, por meio de normas jurídicas, os limites de sua atividade, tendo em vista especiais fins, de sorte que estes objetivos têm de estar prefixados. No caso do Estado Brasileiro, o preâmbulo da Constituição em vigor já os indica:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Direitos fundamentais são, por conseguinte, dimensões indispensáveis do Estado Brasileiro. Mas um tal Estado, que te-

(96) *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, 2ª edição, Madrid, Alianza, 1993, pp. 52-53.

nha como função e fim a proteção de direitos dos seus cidadãos, só pode ser implementado sob as bases do direito. Da mesma forma, dialeticamente, este Estado de Direito só pode ser democrático. É o que ensinam os ilustres juristas lusitanos, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA:

O Estado é um **Estado de direito democrático**. Este conceito (...) é bastante complexo, e as suas duas componentes — ou seja, a componente do Estado **de direito** e a componente do Estado **democrático** — não podem ser separadas uma da outra. O Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático. Há uma **democracia de Estado-de-direito**; há um **Estado-de-direito de democracia**.⁽⁹⁷⁾

Dentro do contexto de um estado assim desenhado, as questões relativas ao controle dos seus atos orientam-se por uma nova perspectiva. A lei, como instrumento de regulação da vida em sociedade, deve propiciar uma existência ao indivíduo considerando o maior espaço possível para o desenvolvimento da sua personalidade e garantindo-lhe as mais amplas possibilidades de suprir suas necessidades, confirmando as palavras de KRUEGER, para quem “já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis na moldura dos direitos fundamentais”.⁽⁹⁸⁾ A lei tem um claro significado material — não meramente formal — e, quando cuidar de restringir direitos fundamentais, para harmonizar os diversos interesses concorrentes, deve poder ter sua *ratio essendi* testada, ou seja, deve entrar no âmbito do seu controle o problema de se saber se é realmente adequada para conseguir o objetivo em questão.⁽⁹⁹⁾ Sob este enfoque, é deveras claro que o **princípio da proporcionalidade** decorre do

(97) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª ed., vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

(98) *Apud* PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 316.

(99) Cf. MANUEL GARCIA-PELAYO, *op. cit.*, p. 66.

Estado de Direito, ou do Estado Democrático de Direito, ou da idéia mesma de direitos fundamentais.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL

Em decorrência da posição doutrinária assumida por alguns tratadistas, mister examinar se o **princípio da proporcionalidade** não seria uma concretização específica do **princípio da proteção do núcleo essencial** (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais.

A razão de ser desta ilação é o fato de que este princípio está expresso em alguns ordenamentos jurídicos. A Constituição alemã inseriu-o no art. 19.2, prescrevendo que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”. A Constituição Portuguesa refere-se à garantia do núcleo essencial em seu art. 18.3, segundo o qual “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do **conteúdo essencial** dos preceitos constitucionais”. O art. 53.1 da Constituição espanhola também alude à garantia, ao estabelecer que “os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu **conteúdo essencial**, poderão ser regulados esses direitos e liberdades (...)”.

Conquanto o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais também não tenha sido contemplado pelo Constituinte brasileiro de 1988 no texto promulgado, não há dificuldade técnica em hauri-lo da própria natureza destes direitos, uma vez que não faria sentido uma intervenção do legislador no âmbito de um direito fundamental para destruí-lo. Ademais, a positivação do princípio da garantia de proteção ao conteúdo essencial não deve ser tida como uma tentativa de criação de uma esfera supostamente extra-estatal, na qual o legislador esteja proibido de intervir. O contexto

atual reclama cada vez mais tarefas do legislador, mesmo em relação aos clássicos direitos de liberdade, exatamente para garantir-lhes a efetividade desejada.⁽¹⁰⁰⁾

Dessarte, para que se possa estabelecer um liame entre o **princípio da proporcionalidade** e a garantia do núcleo essencial, cumpre traduzir em que consiste, afinal, esse núcleo ou conteúdo essencial de um direito fundamental.

VIEIRA DE ANDRADE traz à colação dois tipos de teorias desenvolvidas na Alemanha, umas designadas como **absolutas** e outras como **relativas**, que pretendem explicar o conceito em exame. Segundo o autor, para as teorias absolutas, “o **conteúdo essencial** consistiria em um **núcleo fundamental**, determinável em **abstrato**, próprio de **cada direito** e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o **coração do direito**) que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar de realmente existir”.⁽¹⁰¹⁾

Partindo-se das concepções **absolutas**, todo direito fundamental teria um núcleo essencial passível de ser teoricamente delimitado, no qual estariam inseridos os modos típicos de seu exercício. Para além dele, outros modos, já específicos ou atípicos, ainda poderiam ser considerados, até o chamado limite externo máximo, determinado pela hermenêutica. Graficamente, a representação do núcleo essencial seria dada por um círculo inserido em outro maior, tal qual uma célula.

O núcleo essencial constituiria o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se

(100) Cf. PETER HÄBERLE, para quem deve ser esquecida a idéia de espaços à margem do Estado, ainda que esta idéia imponha riscos à liberdade jurídico-fundamental. Portanto, para a evolução e realização dos direitos fundamentais, é muito mais importante que a teoria se ocupe de buscar mecanismos de defesa contra interferências indevidas do Poder Público. O direito natural, como teoria jusfilosófica, estaria, assim, inteiramente superada na atualidade (El Legislador de los Derechos Fundamentales in: *La Garantia Constitucional de los Derechos Fundamentales...*, op. cit. (nota 23), p. 122.

(101) *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 233.

o próprio direito. O legislador, então, ao restringir direitos, estaria limitado pelo núcleo essencial do direito a ser restringido.

Tomando-se como exemplo o direito de propriedade, ter-se-ia que o modo amplo de realizá-lo inclui a garantia ao seu titular de todos os poderes a ele inerentes, quais sejam, poderes de disposição, uso e gozo do bem apropriado. Sendo, porém, indiscutível que limitações a esses poderes são passíveis de ocorrer em face de certas circunstâncias, à luz da teoria absoluta haveria de ser mantido um poder mínimo de utilização do bem pelo proprietário, essencial à sua configuração como direito de propriedade.

Para as teorias relativas, cujo principal defensor é HESSE, o conteúdo essencial de um direito só poderia ser determinado **à luz do direito restringido**,⁽¹⁰²⁾ isto é, tendo-se em conta o caso concreto, porquanto em razão das circunstâncias consideradas é que seria possível aduzir qual medida de restrição haveria de ser tida como violadora do núcleo fundamental. É um tal juízo, decorrente de uma ponderação de inúmeros valores concorrentes na espécie, somente seria obtido pelo critério da proporcionalidade, com arrimo na idéia de que a restrição é legítima quando indispensável e na medida do necessário para a proteção de um direito fundamental.

Tal qual nas teorias absolutas, o núcleo essencial também seria caracterizado por um círculo inserido em outro maior, mas a membrana delimitadora do núcleo relativo seria elástica. O **tamanho** do conteúdo essencial só poderia ser **mensurado** em face de um conflito específico, ou seja, quando estivessem em jogo valores comprimindo-se reciprocamente.

A toda evidência, o limite de restrição de qualquer coisa é tudo aquilo que conceitualmente a pode destruir. Todo bem ou valor jurídico tem, por isso, uma essência a respeito da qual há um certo consenso, ainda que se trate de algo fluido ou ambíguo, a exemplo da boa-fé, conceito que recebeu inúmeros tratados técnicos. Os direitos instituídos, como a herança, o casamento ou a propriedade, são, por sua vez, conformados ao

(102) *Apud* JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *idem*, p. 234.

longo do processo histórico, amparados, por isso, por vastas legislações infraconstitucionais, não havendo, salvo algumas raríssimas hipóteses, dúvida quanto ao seu conteúdo mínimo.⁽¹⁰³⁾

Mas, a idéia de **conteúdo essencial** obtida a partir das teorias absolutas carece de importância prática, exatamente por não chegar a lugar algum. Se se admite que a essência de muitos direitos fundamentais é dada pelo legislador infraconstitucional, como no caso do clássico direito da propriedade, de que forma esse **conteúdo essencial** pode, como dado preexistente, atuar como limitação ao mesmo legislador?

Como conseqüência desta percepção, HÄBERLE concluiu que o **princípio da proteção do núcleo essencial** tem mero significado retórico, “tratando-se tão-somente de uma referência abreviada, de um indicador para chamar a atenção, de uma advertência para os efeitos de uma série de princípios já vigentes, como o da proibição de excesso ou da proibição do absurdo (por exemplo, a proibição de pôr em perigo a função social dos direitos fundamentais)”.⁽¹⁰⁴⁾

Posta assim a questão, resta comprovado que o **princípio da proporcionalidade** é concretizado diretamente da essência dos direitos fundamentais e a ausência da cláusula sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em nossa Constituição não obsta ao seu reconhecimento.

(103) A Constituição de 1988 ensejou uma polêmica bastante acirrada na doutrina e jurisprudência acerca da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, garantia institucional sem precedentes no Brasil. A propósito do instituto, ainda não se definiu seu conteúdo essencial. Muitos pleiteiam possa a via do *injunction of writ* permitir a elaboração da norma legal, indispensável à proteção do direito constitucional previsto. O STF, a seu turno, vem se inclinando a inadmitir uma postura tão ampla.

(104) O autor faz uma reserva a essa afirmação, ao sustentar que, potencialmente, a idéia de conteúdo essencial — escrita ou não — deve permanecer na retaguarda do Estado constitucional como argumento-limite em defesa dos direitos fundamentais, em caso de retrocesso político-institucional, quando as posições arduamente elaboradas pela dogmática constitucional possam vir a ser ameaçadas (El Legislador de los Derechos Fundamentales *in: La Garantia Constitucional de los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.* (nota 23), p. 123).

O debate dos teóricos é de grande relevância, porque tem como pano de fundo o reforço à idéia de fundamentabilidade de alguns direitos. Contudo, uma teoria não elimina a outra; antes, a conciliação entre as teorias nominadas de absolutas e relativas sinaliza avanço na interpretação dos direitos fundamentais. Para não se permitir o relativismo constante do conteúdo desses direitos — o que poderia gerar uma ineliminável distorção de fins contrária à idéia de proteção — é necessário julgar as razões das restrições a partir de um dado previamente fixo (**conteúdo essencial**), embora se deva valorizar uma solução que, prestigiando a **concordância prática** entre os vários bens concorrentes, possa definir limites mais elásticos aos direitos (mais além ou mais aquém daquilo que teoricamente se poderia prever como limite absoluto), dada a situação apresentada.

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A questão afeta ao controle judicial de leis desarrazoadas não tem passado despercebida ao Poder Judiciário brasileiro. Já não tão raras são as decisões, exaradas pelos mais diversos órgãos jurisdicionais do País em sede de controle difuso de constitucionalidade, passíveis de ser catalogadas como manifestações do reconhecimento do **princípio da proporcionalidade**. Nada obstante, a abordagem do presente tópico restará circunscrita às decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas tanto em razão de um exame abstrato quanto de um exame concreto de constitucionalidade.

A Corte brasileira competente para julgar em última instância as causas em que há lesão à Constituição vem, aos poucos, abrindo caminho para a recepção do **princípio da proporcionalidade** na latitude com que os Tribunais Constitucionais europeus, o T. E. D. H. e a Suprema Corte americana o admitem. Contudo, o processo é lento, refletindo a falta de sistematização da matéria e a ausência de uma dogmática jurídica acerca dos direitos fundamentais.

Nas linhas seguintes, será comentada a jurisprudência do STF, por intermédio da seleção de alguns acórdãos que se julga ilustrativos da trajetória do debate em torno do controle de leis desarrazoadas ou desproporcionadas, utilizando-se o critério cronológico da produção das decisões.

Comece-se com o julgado datado de 21 de setembro de 1951, no RE nº 18.331,⁽¹⁰⁵⁾ sobre majoração do imposto de licença sobre cabines de banho, procedida pela Prefeitura de Santos, quando o eminente Relator, Ministro Orozimbo Nonato, proclamou:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.

A idéia de transpor, para o direito constitucional, a teoria do *détournement de pouvoir*,⁽¹⁰⁶⁾ concebida pelos franceses

(105) RF 145:164-169.

(106) Em comentário ao RMS nº 7.243, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20 de janeiro de 1960, em cuja causa se discutia, como premissa, a validade de leis editadas ao término de mandato político, criando inúmeros cargos e transformando outros tantos, com o intuito cristallino de beneficiar determinadas pessoas e de comprometer as finanças estaduais, o renomado Prof. Caio Tácito entendeu tratar-se de autêntico “desvio de poder”, na formulação que lhe fora dada pelo direito francês, asseverando: “Embora a teoria do desvio de poder, ou desvio de finalidade, tenha sido instituída como forma de anulação de atos administrativos, não é incompatível com a noção do excesso de poder judicial (Marcel

por intermédio do *Conseil d'État*, demonstra que o insigne magistrado já intuía um vício de inconstitucionalidade por abuso de poder do legislador, ainda que nenhum exame mais profundo sobre a possibilidade de transposição do conceito de discricionariedade administrativa para o campo constitucional tenha sido empreendido.⁽¹⁰⁷⁾

A propósito da discussão sobre a constitucionalidade de dispositivo legal concedendo benefício a um determinado serventuário da justiça, por emenda na Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo, procedida com este único fim, introduziu-se no julgamento do RMS nº 16.912, de 31 de agosto de 1967,⁽¹⁰⁸⁾ debate sobre o tema do arbítrio do legislador. A questão jurídica, embora versando sobre a violação do princípio da igualdade, pela edição de emenda casuística à lei, recebeu as seguintes considerações do Min. Victor Nunes:

(...) Havendo abuso evidente do Congresso, sempre é possível enquadrar esse abuso na infração de algum princípio constitucional, como agora está fazendo o eminente Relator, que viu no parágrafo questionado uma restrição ao poder, que tem o Executivo, e não o Congresso, de fazer nomeações para os cargos públicos criados em lei.

Mas a noção do abuso, a meu ver, é que concorre para configurar a violação de certos princípios constitucionais, pois através da noção de abuso é que o Poder Judi-

Waline — *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir — L'excès de pouvoir du juge* — Paris — 1927) ou do excesso de poder legislativo (Livio Paladini — Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario — in: *Revista Trimestrale de Diritto Pubblico* — ano IV, nº 4, pág. 993)", in: RDA 59, p. 348.

(107) Cf. a respeito J.J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., especialmente o Capítulo 1 da Parte II. O autor deixa clara a distinção substancial entre a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade administrativa, porquanto o princípio democrático assegura à instância legiferante uma fundamental liberdade de decisão, manifestamente incompatível com a idéia de execução nos atos legislativos.

(108) RTJ 45:530-545.

ciário, que julga em caso concreto, pode ter o pleno discernimento de certas questões.

A noção de abuso é controvertida, tanto no direito civil, como no processual, como no administrativo, como também no direito constitucional. Mas, controvertida ou não, ela vai fazendo o seu caminho vitorioso na doutrina e na legislação. Antes, nossa lei quase a desconhecia. Agora a proclama em diversos textos. Como juiz, estou nessa linha.

A questão de um controle amplo sobre atos do poder legislativo, tendo em vista uma noção dilargada sobre o excesso ou abuso de poder na edição das leis, já se mostrava tormentosa. O Min. Aliomar Baleeiro reagiu às manifestações supra com a seguinte crítica:

Acredito, com todo o respeito a V. Exa., que acaba V. Exa. colocando o problema, dentro do Supremo Tribunal Federal, nos termos em que foi posto na Corte Suprema dos Estados Unidos no período anterior a 37, da oligarquia judiciária, do despotismo, governo e poder dos juizes. Aí nós já estaríamos muito além do que a Constituição nos dá, e ela já deu ao S.T.F. o que nenhuma Constituição do mundo deu ao Poder Judiciário. Nem a dos Estados Unidos. O poder de o Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional, em tese, uma lei do Estado, e agora também uma lei da União, é coisa inédita na terra. Se nós agora tomássemos nas mãos essa atribuição, como os juizes americanos tomaram desde o período inicial do século XIX até 37, achando que podemos também anular aquilo que nós reputamos abuso de poder do Congresso, não há limite. Não admito que tenhamos mais sabedoria do que os demais brasileiros, investidos de paralelas responsabilidades, apesar do que diz a Constituição: "notável saber jurídico". O Congresso também tem homens cultos, que são escolhidos pelo povo. Repito o que disse outro dia ao eminente Ministro Adauto Cardoso: vão às urnas, nas

eleições, corrijam, castiguem esses Deputados. A nossa palmatória, porém, não pode ser tão grande e alcançar tão longe.”

Do debate travado, pode-se concluir pela preocupação da Corte, de um lado em assumir o controle sobre o eventual excesso do legislador; de outro, porém, em não utilizar critérios subjetivos para tanto.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 45.232, em 21 de fevereiro de 1968,⁽¹⁰⁹⁾ de que foi relator o eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, no qual se invocou a inconstitucionalidade do art. 48 do Decreto-lei nº 314, de 1967 (Lei de Segurança Nacional), identifica-se com clareza um juízo de ponderação entre meios e fins da norma restritiva de direito. Estava em exame o dispositivo que dizia:

Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em atividade privada, assim como de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.

A decisão do Pleno do Supremo Tribunal, assim ementada, anuncia a utilização velada do **princípio da proporcionalidade**:

(...) A inconstitucionalidade é decretada por ferir os arts. 150, *caput* e 150, § 35, da C.F. porque as medidas preventivas que importam na suspensão dos direitos, ao exercício das profissões e o emprego em empresas privadas, tiram ao indivíduo as condições para prover a vida e a subsistência. O § 35 do art. 150, da Constituição de 1967, compreende todos os direitos não enumerados, mas que estão vinculados às liberdades, ao regime de direito

(109) RTJ 44:322-334.

e às instituições políticas criadas pela Constituição. A inconstitucionalidade não atinge as restrições ao exercício da função pública porque a legislação vigente sobre funcionários públicos, aplicável à espécie, assegura uma parte dos vencimentos dos funcionários atingidos pelo art. 48 do referido Decreto-lei. A inconstitucionalidade se estende aos parágrafos do art. 48, porque estes se referem à execução das normas previstas no artigo e consideradas inconstitucionais.

O Ministro Themístocles Cavalcanti fez uma profunda análise acerca do dispositivo, concluindo pela desproporcionalidade das medidas adotadas em caso de prisão em flagrante ou denúncia por crime definido como atentado à segurança nacional. Relativamente à suspensão do exercício da profissão, assim se pronunciou:

(...) Sofre o acusado uma verdadeira pena, mesmo antes que contra ele se apure qualquer responsabilidade, com reflexos graves em sua vida profissional e em seu patrimônio que a absolvição posterior não poderá reparar.

A suspensão corresponde a uma pena acessória como é a suspensão de direitos referida no art. 69, IV, do C. Penal, porque é a “incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público”.

Ora, o preceito em questão manda aplicar uma pena acessória, como tal definida pelo Código Penal, mesmo antes da condenação.

Quis evidenciar, portanto, que a medida, além de adotar uma carga demasiado coativa em se tratando de simples denúncia (princípio da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito), era totalmente imprópria (princípio da adequação), por cuidar de verdadeira pena acessória, passível de ser imposta apenas em face de condenação.

No que se refere à suspensão do emprego em atividade privada, depois de reconhecer não ser a previsão equivalente à pe-

na alguma acessória conhecida, entendeu tratar-se de um “excesso de intervenção na empresa privada”, e de uma forma de “privação dos meios de subsistência do empregado”, dada a impossibilidade de obrigar o empregador a manter o salário do empregado suspenso do trabalho por prazo indeterminado.

Ao tornar evidente que a medida estaria a aniquilar direitos garantidos pela Constituição, o notável jurista utilizou-se da idéia de razoabilidade ou proporcionalidade, tanto assim que, ao tratar da parte referente à suspensão do cargo na administração direta ou indireta, não julgou a medida inconstitucional, pois o Estatuto dos Funcionários, a sua vez, garantia o pagamento de 2/3 da remuneração aos servidores afastados em face de processo-crime, ou seja, porque vislumbrou uma cláusula específica compensatória, impeditiva do sacrifício de outros direitos.

É interessante verificar, ainda, que o eminente Ministro preocupou-se em justificar o decreto da inconstitucionalidade a partir do direito positivo vigente. Asseverando que uma garantia não precisa estar expressa, bastando que “decorra do sistema político e do conjunto dos princípios expressos”, afirmou não ter dúvida quanto à inconstitucionalidade do preceito em causa, “porque o rigor das medidas previstas na lei (...) grita contra a essência dos princípios humanos que se resumem no direito de sobrevivência”. A partir dessa idéia, concedeu a ordem de *habeas corpus* pleiteada com arrimo no art. 150 da CF de 1967, que assegurava a todos a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, e no seu § 36, que, à semelhança do atual § 2º do art.5º, referia-se aos princípios implícitos do regime adotado.⁽¹¹⁰⁾

(110) Em comentário ao referido artigo, GILMAR FERREIRA MENDES conclui: “um exame mais acurado da referida decisão, com a utilização dos recursos da moderna doutrina constitucional, haveria de demonstrar que, em verdade, a Corte se valeu da cláusula genérica de remissão contida no art. 150, § 36, da Constituição de 1967, para poder aplicar, sem risco de contestação, a idéia de razoabilidade ou de proporcionalidade da restrição como princípio constitucional” (A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in: Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 23/94, pp. 470 e seg.).

É, porém, com o julgamento da Rp nº 930-DF, de 05 de maio de 1976,⁽¹¹¹⁾ na qual se discutiu a regulamentação do exercício da profissão de corretor de imóveis, em face da reserva legal prevista no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/1969, que se nota uma mudança no enfoque da matéria. A propósito do debate sobre a liberdade do legislador para fixar as “condições de capacidade” para o exercício das profissões, o Ministro Rodrigues Alckmin tem por positivado o princípio da razoabilidade em nosso sistema jurídico, explicando-o com apoio no magistério do jurista argentino FIORINI (*Poder de Policia*, pp. 149 e segs.), *verbis*:

*No hay duda que las leyes reglamentarias no pueden destruir las libertades consagradas como inviolables y fundamentales. Cuál debe ser la forma como debe atuar el legislador cuando sanciona normas limitativas sobre los derechos individuales? La misma pregunta puede referirse al administrador cuando concreta actos particulares. ¿ el Estado democrático exhibe el valor inapreciable con carácter absoluto como es la persona humana, aqui se halla la primeira regla que rige cualquier clase de limitaciones. La persona humana ante todo. Teniendo em mira este supuesto fundante, es como debe actuar con carácter razonable la reglamentación policial. La jurisprudencia y la logica juridica han instituido cuatro principios que rigen este hacer: 1º) la limitación debe ser **justificada**; 2º) el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser **adecuado** al fin deseado; 3º) el medio y el fin utilizados deben manifestarse **proporcionalmente**; 4º) todas las medidas deben ser **limitadas**. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen. Hasta la policia de antaño pretendia estos datos de razonabilidad que emarcaban con los principios de la justicia, pues deseaba que no fuera arbitraria. Los principios lógicos ex-*

(111) Rel. Min. Cordeiro Guerra. Rel. p/ o acórdão, Min. Rodrigues Alckmin, publ. no DJU de 02.09.77.

puestos no son fáciles de realizar en al pacto con la realidad social, máxime cuando se debe tener en cuenta un valor que se valoró en la relación con mayor grado que cualquier otro: la persona humana. Se ha pretendido hallar una fórmula gramatical comprensiva y salvadora diciendo que las limitaciones policiais deben ser siempre justas e razonables. La locución es genérica y de difícil comprensión ante la realidad social, puesto que comprende a otros muchos valores, la moderación, corrección, etc., que se confunden con una medida más genérica como lo es la equidad. Ja jurisprudencia en nuestro país, y en especial la norteamericana, condensa em muchos de sus fallos las cuatro reglas expuestas bajo la denominación de "razonabilidad" aunque no la determinen en forma expresa y positiva. La razonabilidad, cuando se refiere a la medida dictada por la gestión policial, debe hallarse justificada, realizada en forma adecuada y sacrificando minimamente los ámbitos individuales. La justa y razonable reglamentación de los derechos declarados como fundamentales para la existencia humana en sociedad, halla en el "due process of law" e la jurisprudencia norteamericana substancial solución sobre este objeto juridico que algunos califican standard juridico. Juan F. Linares la ha calificado de "garantía innominada" en la Constitución Argentina, presentandola como la garantía de la seguridad de la "legal y justa aplicación del derecho". Esta garantía justifica en forma directa el control jurisdiccional sobre cualquier clase de actos realizados por la actividad policial y la responsabilidad por sus desviaciones.

Sustentando que a Lei nº 4.116/62 estaria a fixar exigências para o exercício de uma profissão que não requer "capacidade técnica", o que tornaria sem sentido a obrigatoriedade de um registro no respectivo "conselho" para a intermediação de venda de imóveis e, por conseguinte, ilícita a cobrança de um atestado "de capacidade", o eminente Ministro Rodrigues Alckmin, com o seu voto, configura o *leading case* na aplicação do **princípio da proporcionalidade**, sob o rótulo

lo da razoabilidade, em sede de controle de constitucionalidade. Confira-se isto nessa passagem:

A regulamentação dessa profissão, portanto, em princípio, já não atende às exigências de justificação, adequação, proporcionalidade e restrição, que constituem o critério de razoabilidade, indispensável para legitimar o poder de polícia.

O voto lapidar exara, entre outras, as seguintes conclusões:

a) a Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (*Cooley, Constitutional Limitations, pág. 209, (...) Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power*). Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de **condições de capacidade**, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos.

b) ainda no tocante a essas **condições de capacidade**, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.

c) a liberdade do exercício de profissão se opõe à restauração de corporações de ofício, que se reservem privilégios e tenham o monopólio de determinadas atividades.

O Supremo Tribunal Federal, na Rp nº 1.077, de 28 de março de 1984,⁽¹¹²⁾ quando se discutiu a elevação da taxa ju-

(112) RTJ 112:34-67.

diciária no Estado do Rio de Janeiro, por força da Lei estadual nº 383, de 04 de dezembro de 1980, reconheceu a importância prática de se proceder a um juízo de proporcionalidade sobre o exercício da competência tributária, pois a violação de direitos pode vir acobertada pela falsa impressão de que a observância aos preceitos especificamente endereçados à tributação já garante a **constitucionalidade** da lei criadora do tributo. A censura a excessos na potestade tributária restou bastante enfatizada pelo eminente Relator, Ministro Moreira Alves, ficando, a ementa do acórdão, assim redigida:

TAXA JUDICIÁRIA.

- Taxa judiciária é tributo da espécie taxa.
- Essa natureza jurídica não foi alterada com a edição da Emenda Constitucional nº 7/77.
- Se a taxa judiciária, por excessiva, criar obstáculo capaz de impossibilitar a muitos a obtenção de prestação jurisdicional, é ela inconstitucional, por ofensa ao disposto na parte inicial do § 4º do artigo 153 da Constituição.

O voto do Ministro Moreira Alves examina a legitimidade da lei, enfatizando:

De outra parte, como tais taxas dizem respeito à remuneração da prestação jurisdicional pelo Estado, podem elas, se excessivas, criar obstáculo, que resulta da lei que determina a fixação de seu valor, capaz de impossibilitar a muitos a obtenção dessa prestação, o que acarreta a inconstitucionalidade dessa lei, por ofensa ao princípio inserido na parte inicial do § 4º do artigo 153 da Constituição: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A ponderação acerca dos reflexos da tributação sobre os direitos fundamentais é típica de um juízo de proporcionalidade, entendida esta como um princípio que procura conciliar direitos e deveres, equilibrando a relação entre titulares de di-

reitos concorrentes ou colidentes. O preclaro voto demonstra a sensibilidade do Relator a essa idéia de harmonia que deve nortear a ação do Estado na imposição da tributação, trazendo à colação a doutrina italiana, dada por SATTI em artigo intitulado “Riflessi tributari della teoria generale del processo” (*Rivista del Diritto Commerciale*, vol. 36, parte I, págs. 192 e seguintes), por ele assim traduzido:

Mas a taxação deve ter um limite, limite fixado pelo dever do Estado de que acima havíamos falado. Se o Estado impõe taxas que tornam impossível ao titular do direito obter a tutela do próprio direito, falta ao seu dever, e lesa, ao mesmo tempo, o interesse geral à composição das lides e à atuação da lei, como dissemos antes.

Poder-se-ia argumentar que a taxa, em razão da sua natureza de contraprestação a serviços prestados pelo Estado, tem ínsita a idéia de proporcionalidade, em razão do que, quando é excessiva, ou seja, quando não corresponde ao custo da atividade estatal, não configura mais esta espécie de tributo. Em consequência, despiciendo seria nesse caso recorrer-se ao **princípio da proporcionalidade**, sob alegação de sacrifício de outro direito, para justificar a inconstitucionalidade da respectiva lei instituidora. Note-se, entretanto, que o eminente Ministro, por reconhecer “a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação”, justifica a ponderação meio-fim da norma legal, adotando a proporcionalidade como critério instrumental para concluir pelo excesso. Nesse sentido, é bastante ilustrativa essa passagem:

Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota variável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em

se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelas custas e emolumentos.

(...) A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto.

A partir dessas considerações, o respeitável Magistrado teve por inconstitucional o artigo 118 da mencionada Lei estadual, porque estabelecia percentual fixo de 2% sobre o valor do pedido a título de taxa judiciária. Também entendeu malferir, a Constituição, o artigo 133, por estipular o valor mínimo de 3 UFERJs para a taxa judiciária, exercitando o mesmo raciocínio de proporcionalidade:

Em janeiro de 1981 — época em que constitucionalmente entraria em vigor a lei em causa — a UFERJ correspondia a Cr\$ 1.730,00, sendo que três UFERJs montavam a Cr\$ 5.190,00, quantia pouco inferior ao maior salário mínimo vigente que era de Cr\$ 5.788,00. Atualmente, a proporção continua, aproximadamente, a mesma, pois a UFERJ vale Cr\$ 17.620,00 (donde três equivalerem a Cr\$ 52.860,00), e o maior salário mínimo em vigor alcança a importância de Cr\$ 57.120,00. Esses valores evidenciam que esse limite mínimo, que é reajustável periodicamente, é excessivo, impossibilitando o acesso ao Judiciário para as classes menos favorecidas, máxime quando se verifica que — segundo as informações (fls. 335) —, no Rio de Janeiro são consideradas comprovadamente pobres para efeito de isenção dessa taxa as pessoas que recebam remuneração igual ou inferior a quatro salários mínimos, e as despesas processuais abarcam, ainda, adiantamentos relativos a honorários de advogado, custas e emolumentos. Por outro lado, esse limite mínimo inviabiliza economicamente as causas de pequeno valor, pela desproporção entre despesas processuais, os riscos e a demora, e o valor do bem objeto do litígio.

Novamente o Ministro Moreira Alves, agora no julgamento da Rp nº 1.054, em 04 de abril de 1984,⁽¹¹³⁾ procedeu a um controle da razoabilidade da lei. Em pauta, a constitucionalidade da restrição desigualitária contida no art. 86 da Lei nº 4.215/63, com a redação que lhe fora dada pela Lei nº 5.681, de 20.7.71, cuja norma vedava o exercício da advocacia aos magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos civis e militares, durante o interstício de dois anos a contar da inatividade ou disponibilidade. Demonstrando, mormente em relação aos servidores públicos não procedentes de órgão judiciário, a total incongruência da medida, assim ponderou:

E terá sentido dizer-se que o inativo, nos dois primeiros anos da inatividade, não tem, em razão do cargo que desempenhava na atividade, a independência necessária ao desempenho da advocacia? É evidente que não. Com efeito, sua posição a esse respeito é exatamente a mesma no dia seguinte ao da inatividade como dois, dez, vinte ou trinta anos depois. E qual a sua independência com relação ao Estado para o efeito de pretender-se que o inativo continue, por dois anos, incompatibilizado com o exercício da advocacia, ou impedido de advogar contra as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal? O aposentado tem direito a proventos, mas se desliga do cargo, da função ou do emprego, extinguindo-se, de imediato, as relações funcionais com o Estado. Não tem sequer pretensões de ascensão. Como então dizer-se que continua ele sem independência nos dois primeiros anos? E o funcionário de sociedade de economia mista, que se aposenta, como qualquer trabalhador de qualquer empresa privada, como contribuinte da Previdência Social? Mesmo os militares transferidos para a reserva ou reformados têm os mesmos deveres, antes de dois anos de afastamento, ou depois deles, e se o artigo 86 os tem como independentes para o exercício da advocacia após os dois anos, não há razão alguma para não tê-los naquele biênio. Mas qual a dependên-

(113) RTJ 110:937-978.

cia do aposentado, que foi funcionário federal, com relação aos Estados e Municípios, para ser impedido de advogar contra as Fazendas destes nos dois primeiros anos da inatividade?

E, mais adiante, o eminente Ministro utiliza a idéia do **princípio da proporcionalidade** para demonstrar violação ao princípio da igualdade:

Considerações de capacidade moral não podem, portanto, justificar o artigo 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, uma vez que ofenderiam, sem a menor dúvida, o princípio constitucional da igualdade de tratamento, previsto no § 1º do artigo 153 da Constituição. Trataria desigualmente desiguais, mas não na medida de sua desigualdade, pois proibiria no tocante àqueles — meros servidores públicos ou funcionários de sociedade de economia mista ou militares — contra quem razões de ordem moral existiriam em muito menor intensidade, e seria permissiva para aqueles moralmente muito mais incompatibilizados ou impedidos. Parece-me que não será apenas à minha consciência que repugnará negar-se ofensa direta ao princípio da igualdade no admitir-se que um ex-Presidente da República, um Ex-Ministro de Estado, um Ex-Deputado, um Ex-Senador possa de imediato advogar sem restrições, e se impeça, por dois anos, um ex-contínuo do Banco do Brasil, um ex-bedel de universidade autárquica, um ex-faxineiro empregado da administração direta de, em causa própria, defender-se judicialmente contra a Prefeitura Municipal de um lugarejo qualquer que lhes esteja cobrando indevidamente um tributo, sob alegação de que este impedimento decorre de razões éticas inerentes à capacidade moral.

O tema da igualdade suscitou, em muitos outros casos, a atenção do Supremo Tribunal Federal para o problema da razoabilidade entre o fator de restrição considerado pelo legislador e o fim da norma legal, ou seja, requereu da Excelsa Cor-

te a utilização do critério da proporcionalidade para julgar a constitucionalidade da lei em face do princípio da isonomia. No caso do limite de idade para a inscrição em concurso público, o STF, nos Mandados de Segurança nº 21.033 e 21.046, e nos Recursos Extraordinários nº 156.404, 157.863-7, 175.548, 136.237, 146.934 e 156.972-7, julgados entre 1990 e 1994, deixou patente não poder a lei, em face do disposto nos artigos 7º, XXX e 39, § 2º da Constituição Federal, impor tais limites, “salvo nos casos em que a limitação de idade possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”, envolvendo, sem dúvida, a avaliação da lei no contexto da sua relação meio-fim.

O princípio da razoabilidade serviu de fundamento da ADIn nº 223-DF,⁽¹¹⁴⁾ requerida pelo Partido Democrático Trabalhista — PDT, na qual se discutiu a constitucionalidade da Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990, que proibia concessão de medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias ou cautelares decorrentes das Medidas Provisórias nº 151, 154, 158, 160, 161, 162, 165, 167 e 168, de 15 de março de 1990, determinando-se-lhe, também, a aplicação do art. 5º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, em razão do que a execução das sentenças proferidas nestes casos só poderia ocorrer depois do seu trânsito em julgado.

Por ocasião do julgamento da medida liminar, ocorrido em 5 de abril de 1990, o STF teve oportunidade de questionar a possibilidade de se impor limite tão amplo e genérico ao poder cautelar do juiz. Muito embora o Relator, Min. Paulo Brosard, tenha sido vencido, juntamente com o Min. Celso de Mello, e o Tribunal tenha indeferido o pedido de suspensão da eficácia do citado art. 1º, foi trazido à tona o debate sobre a possibilidade de um juízo concreto ou abstrato de razoabilidade. Confira-se a ementa do acórdão, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence:

Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Medida Provisória 173, de 18-3-90, que veda a concessão de me-

(114) RTJ 132:571-607.

dida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das Medidas Provisórias números 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168: indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado: razões dos votos vencedores.

Sentido da inovadora alusão constitucional à plenitude da garantia da jurisdição contra a ameaça a direito: ênfase à função preventiva da jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessário, o poder de cautela liminar. Implicações da plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do Poder Judiciário.

Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz. A tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal.

Conseqüente necessidade de controle da razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar. Antecedentes legislativos de vedação de liminares de determinado conteúdo. Critério de razoabilidade das restrições, a partir do caráter essencialmente provisório de todo provimento cautelar, liminar ou não.

Generalidade, diversidade e imprecisão dos limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, afinal, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de deliberação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição ao Poder Judiciário.

Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar.

Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada.

Como visto, a Corte reconheceu a possibilidade de abuso, mesmo quando, em abstrato, se tem por constitucional a medida legal restritiva. Esta colocação do Min. Sepúlveda Perence evidencia que um juízo de proporcionalidade em abstrato não exclui um juízo de proporcionalidade da lei em face da situação concreta.⁽¹¹⁵⁾

Recentemente a Corte Suprema brasileira aderiu ao reconhecimento explícito da existência, no nosso sistema de direito positivo, do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, fazendo-o mesmo em sede de controle abstrato de normas, pela decisão cautelar proferida na ADIn nº 855-2, em 1º de junho de 1993,⁽¹¹⁶⁾ que suspendeu provisoriamente os efeitos da Lei nº 10.248, de 14.1.93, do Estado do Paraná.

O diploma legal, que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, foi impugnado, entre outros argumentos, por impor um ônus excessivo às companhias de gás, já que teriam elas de dispor de uma específica balança em cada veículo ou posto de revenda, gravame este ao qual não corresponderia uma vantagem para o consumidor. A exigibilidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva foram questionadas a partir do parecer técnico do Diretor-Geral do INMETRO, ofertado em razão de consulta de empresa sobre lei fluminense que igualmente pretendia obrigar as distribuidoras de gás liquefeito de petróleo ao uso de balanças, *verbis*:

Esta Autarquia, visando assegurar a fidelidade de tais transações comerciais, realiza periodicamente, através de seus Órgãos Estaduais conveniados, a fiscalização quan-

(115) Em atenção ao princípio da proporcionalidade, o juiz, deparando com a norma legal impeditiva da tutela necessária a um certo direito, pode vir a afastá-la. Deve, porém, esgotar a possibilidade de uma interpretação conforme a Constituição, norteadas também pelo princípio da proporcionalidade.

(116) Publ. no DJU de 01.10.93.

titativa do produto ora em tela, com a verificação sistemática do peso do botijão vazio (Tara).

A utilização de balança, como preconiza a referida lei, seria prejudicial devido à necessidade de conterem dispositivos de predeterminação de tara, de nível, bem como de travas especiais, trazem um grau elevado de desgaste e desregulagem o que poderia prejudicar as medições.

Cabe ainda acrescentar que no caso das balanças que não fossem facilmente retiradas da carroceria, o consumidor teria que subir na mesma para acompanhar a pesagem. (...)

Esclarecemos, que nos casos em que o consumidor recebe o botijão em locais distantes do veículo, não haverá praticidade na proposta, pela necessidade do consumidor e entregador terem de retornar ao veículo para conferência do produto.

Não obstante, todas as empresas distribuidoras de GLP devem possuir um selo aprovado pelo INMETRO, que deve ser apostado à válvula do botijão de forma a garantir a conservação da quantidade de produto contido no recipiente, bem como a permitir a constatação de qualquer irregularidade pela violação do referido selo.

A inicial da ADIn nº 855-2 apresentava as considerações acerca do parecer supra expendidas pelo Prof. Caio Tácito, deixando patente a violação ao **princípio da proporcionalidade**, com as seguintes palavras do eminente jurista:

O parecer técnico do INMETRO, órgão federal competente, que ilustra a consulta, revela a inviabilidade do mecanismo que a lei estadual em exame pretende introduzir com a obrigatoriedade de balanças nos veículos de transporte de botijões e cilindros de GLP para aferição à vista dos consumidores.

A instabilidade de tais instalações móveis de controle de peso leva à falta de fidedignidade das mensurações, impróprias para aferir os eventuais resíduos de combustível.

Ademais, como esclarecido, a existência de sobras em vasilhames usados é matéria de controle, por amostragem, com o crédito dos respectivos valores na determinação do preço unitário de venda do produto, em benefício dos consumidores em geral.

De outra parte, a imposição de balanças em todos os caminhões de distribuição e a mão-de-obra necessária à medição individual a crédito aos consumidores individuais, a par de riscos de erro ou fraude, obviamente se reveste de onerosidade, agravando o custo do serviço e, por via de consequência, a fixação do preço médio do produto fornecido, que é matéria privativa da União.

A ADIn invocava, ainda, o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, transcrevendo trechos de sua conferência no Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional, em Belo Horizonte, 1992, nos seguintes termos:

Não basta, todavia, verificar se as restrições estabelecidas foram baixadas com observância dos requisitos formais previstos na Constituição. Cumpre indagar, também, se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade).

Embora a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado emprestar um tratamento mais sistemático à matéria, a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de ressaltar a importância do princípio da proporcionalidade no controle das leis restritivas, tal como se depreende da seguinte passagem de voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin, na Rp nº 930: (...)

O eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, sensível aos argumentos que o levaram a enfrentar diretamente o tema, dele tratou em seu voto com a seguinte observação:

(...) De sua vez, os esclarecimentos de fato — particularmente a manifestação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial — INMETRO, do Ministério da Justiça, são de múltipla relevância para este julgamento liminar.

Eles servem, de um lado — como proficientemente explorados na petição — não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar, ao menos, provisoriamente — as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis — acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese — que não é de afastar — de que se venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei.

A decisão firmou-se vencedora e o acórdão lavrado restou assim ementado:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato da 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 da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da 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.

O Supremo Tribunal Federal viu-se confrontado novamente com o questionamento da violação ao **princípio da proporcionalidade** na ADIn nº 10.409/600, proposta pelo Procurador-Geral da República em face do disposto do art. 187 da Lei Complementar nº 75 (Estatuto do Ministério Público da União), de 20.5.93, *verbis*:

Art. 187. Poderão inscrever-se no concurso bacharéis em Direito há pelo menos dois anos, de comprovada idoneidade moral.

A inicial da ação teve a seguinte fundamentação:

A norma é inconstitucional, na expressão **há pelo menos dois anos**, exigência para a inscrição de bacharéis ao concurso para ingresso na carreira do Ministério Público da União.

Com efeito, é flagrante o conflito entre a exigência em causa e o fim perseguido no concurso, o de recrutar candidatos da melhor qualificação para o ingresso no *parquet* federal.

Caprichosamente, impõe a norma uma quarentena desarrazoada em relação aos bancos acadêmicos, limitando por critério vazio de sentido os candidatos ao concurso, e sua qualidade, portanto.

(...) Não se trata de exigência de **prática forense**, que seria razoável, mas de dilação, de prazo carencial entre a formatura e a inscrição ao concurso, o que poderá ser até nocivo, e não apenas inócuo, pois muitos o terão passado, sem exercício da profissão, distanciando-se dos conhecimentos hauridos no bacharelado.

A inconstitucionalidade consiste, como já dito, na IRRAZOABILIDADE da exigência que se choca, como suficientemente demonstrado, com os fins do concurso para o Ministério Público da União.

É o chamado na literatura dos povos de língua inglesa *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*, em que se permite o exame da razoabilidade das leis, a mais formidável arma já posta nas mãos do Judiciário, segundo eminente constitucionalista americano.

Observe-se que o devido processo legal procedimental é considerado, hoje, inutilidade jurídica, enquanto o **devido processo legal substantivo** domina amplamen-

te os temas abordados na Suprema Corte dos EEUU da América do Norte.

Entre nós, interessante questão encontrou solução no devido processo legal substantivo. Referimo-nos à Representação nº 1.054-DF (ADIn), que resultou em declarar o Supremo Tribunal Federal inconstitucional o art. 86 da Lei 4.215, de 27 de abril de 1963 (EOAB), aresto publicado na RTJ 110/937 (...)

No julgamento do pedido cautelar de suspensão da vigência do dispositivo impugnado, ocorrido em 09.3.94, a Excelsa Corte concluiu provisoriamente pela razoabilidade da norma examinada, prevalecendo o voto do Relator, Min. Néri da Silveira, mas a decisão foi tomada após exaustivo debate sobre a utilidade da restrição, no qual restaram vencidos quatro Julgadores. Não obstante, o Tribunal foi unânime em reconhecer a possibilidade de um tal controle por parte do judiciário, restando consignado na ementa do acórdão que “em linha de princípio, impende entender que a Constituição reserva à lei estipular requisitos e condições ao provimento de cargos públicos, por via de concurso, também no que concerne a qualificações profissionais e inclusive idade”, mas “as restrições da lei à admissão ao concurso para provimento de cargos ou ao exercício de ofício, decerto, não podem constituir obstáculo desarrazoado à aplicação dos princípios da acessibilidade de todos os cargos públicos ou da liberdade para o exercício de ofício ou profissão”.

Outra importante decisão do Supremo Tribunal Federal refere-se ao problema da *sedes materiae* do **princípio da proporcionalidade** em nossa Constituição, discutido por ocasião do julgamento de mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 966-4 e 958-3, em 11 de maio de 1994,⁽¹¹⁷⁾ nas quais se discutiu a constitucionalidade do art. 5º, e seus parágrafos, da Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993, que estabeleceu normas para as eleições gerais de 3 de outubro de 1994.

(117) Publ. no DJU de 24.05.94, Rel. Min. Marco Aurélio.

No exame das restrições impostas aos partidos políticos para o lançamento de candidatos a Presidente, Vice-Presidente, Senador, Governador, Vice-Governador, o Ministro Moreira Alves, admitindo que os dispositivos em causa eram “evidentemente dispositivos de exceção no sentido de dispositivos *ad hoc*”, porque partiam “de fatos passados, já conhecidos pelo legislador quando da elaboração da lei, para criar impedimentos futuros e, portanto, para cercear a liberdade desses partidos políticos”, entendeu que a lei, nessa parte, feria o “princípio constitucional do devido processo legal”, explicando:

A Constituição em seu art. 5º, inciso LIV — e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas — estabelece que: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é o óbvio, tendo em vista, inclusive o inciso II do art. 5º que diz: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.*

Esse princípio constitucional que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade.

Sem dúvida alguma, o Ministro Moreira Alves admitiu que o princípio da razoabilidade está escrito na nossa Constituição e, tal como na Constituição dos Estados Unidos, vem abarcado pela expressão **devido processo legal**, por ele devendo entender-se que nenhuma restrição a direitos pode ocorrer, em razão de qualquer ato estatal, sem que seja razoável, isto é, adequada, necessária e proporcionada aos fins a que se destina.

E mais adiante, o eminente Ministro completou seu julgamento ao aduzir que:

Ora, Sr. Presidente, em face disso e não preciso estender-me mais a esse respeito, porque me basta a esse aspecto, deixo de lado aquele outro problema mais delicado que é o de saber se realmente a Constituição permite ou não que a lei estabeleça, para o futuro, restrições a esse nosso pluripartidarismo... Mas, no caso, não preciso entrar nesse aspecto. Fico apenas nesse outro que é o da falta de razoabilidade desse princípio.

O raciocínio externado pelo respeitável Magistrado do STF foi assim articulado: a) as condições impostas aos partidos políticos para apresentarem candidatos às eleições gerais de 1994 restringem a participação de muitos deles; b) o critério utilizado pelo legislador para impor restrições aos partidos políticos é inadmissível, porque com base no seu desempenho eleitoral anterior. O resultado determinante da restrição já era, portanto, conhecido do legislador ao tempo da elaboração da lei, fazendo com que esta já tivesse destinatários certos; c) a falta de razoabilidade da lei contraria o princípio constitucional do devido processo legal, que constitui uma garantia geral aos direitos insculpidos na Constituição contra restrições indevidas. Uma lei restritiva de direito desarrazoada é, portanto, inconstitucional.

Observa-se que, no caso *sub examem*, sequer foi preciso examinar a questão afeta à autorização constitucional ao legislador para impor limitações aos partidos políticos em disputa eleitoral, dado que as restrições por ele consideradas se mostraram ilegítimas no confronto da lei consigo mesma.

Convém registrar o esforço do Min. Moreira Alves em justificar a acolhida do **princípio da proporcionalidade**, ou da razoabilidade, como mencionado, na garantia constitucional escrita do **devido processo legal**.

A tese sustentada é viável, posto que a mencionada garantia não era prevista na Constituição anterior, de 1967, embo-

ra de aplicação incontestável quando em jogo medidas punitivas, como corolário do princípio da ampla defesa. Seria, pois, de considerar-se plausível que a inserção da cláusula escrita não haveria de se dar para restringir-lhe o sentido, tal como observado pelo Min. Moreira Alves. Ao contrário, o escopo evidente foi o de substantivá-la, ou seja, de atribuir-lhe um sentido para lá da sua insatisfatória operacionalidade como garantia processual. Nessa linha é, aliás, o esforço doutrinário de CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, na obra intitulada *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil* (São Paulo, Forense, 1989), na qual o autor traz à colação o trabalho da Assembléia Nacional Constituinte, mostrando todo o *iter* de criação do atual inciso LIV, do art. 5º da CF, bem assim as justificativas apresentadas pelos constituintes nas várias emendas que trataram do assunto.

Coroando a jurisprudência sobre a aplicação do **princípio da proporcionalidade** no controle de constitucionalidade, o Tribunal Pleno do STF, em 19.12.94, no julgamento da medida liminar requerida na ADin 1.158-8, ratificou a tese de que a norma legal deve se justificar a partir dela mesma, podendo ser detectado o vício da desarrazoabilidade, ainda quando não se trate de norma restritiva de direito.

O dispositivo legal impugnado (art. 9, § 2º da Lei 1.897, de 5 de janeiro de 1989) referia-se à extensão da vantagem pecuniária de 1/3 da remuneração, a ser paga por ocasião das férias, aos servidores *inativos* do Estado do Amazonas.

O Min. Celso de Mello, Relator do processo, conquanto tenha indeferido o pedido de suspensão da eficácia da norma questionada, pela ausência do *periculum in mora*, reconheceu a falta de razoabilidade na concessão do benefício, uma vez que o servidor aposentado não se submete a regime de férias. O fundamento jurídico do seu voto veio assim explicitado:

(...) Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal — objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição — deve ser entendida, *na abrangên-*

cia de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua *dimensão material*, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra *qualquer* modalidade de legislação que se revele opressiva ou, *como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade*.

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.

O Min. Sepúlveda Pertence, na mesma ocasião, também reconheceu a ofensa ao **princípio da proporcionalidade**, ao aduzir que:

A lei questionada remunera férias do aposentado, que, evidentemente, não as tem. Em nome do princípio da moralidade, ou em nome do princípio da igualdade, não se pode conceder remuneração absolutamente despida de causa no serviço público. A lei agride o princípio da razoabilidade, a meu ver, patentemente.

A final, o acórdão, deferindo a medida liminar, recebeu a seguinte ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE —
LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE
FÉRIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES
INATIVOS — VANTAGEM PECUNIÁRIA IRRAZOÁVEL
E DESTITUÍDA DE CAUSA — LIMINAR DEFERIDA.

— A *norma legal*, que concede a servidor *inativo* gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o *critério da razoabilidade* que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como *insuperável* limitação ao poder normativo do Estado.

Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente *destituída* de causa.

O panorama jurisprudencial ora descortinado indiscutivelmente comprova o reconhecimento em nosso ordenamento jurídico do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Os precedentes citados indicam uma gradual sistematização da sua aplicação e a sua importância em sede de controle das leis.