

PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE:

CRITÉRIOS DE INTELECÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Oriana Piske*

O critério da proporcionalidade é tópico, e, tal qual a equidade, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular. No dizer de Paulo Bonavides "é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção."

A doutrina constatou a existência de três elementos ou subprincípios que compõem o princípio da proporcionalidade. O primeiro é a pertinência. Analisa-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Portanto se verifica que esse princípio se confunde com o da vedação do arbítrio. O segundo é o da necessidade, pelo qual a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. O terceiro consiste na proporcionalidade mesma, tomada "stricto sensu", segundo a qual a escolha deve recair sobre o meio que considere o conjunto de interesses em jogo. A aplicação do princípio da proporcionalidade demanda dois enfoques.

Há simultaneamente a obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais. Desta forma, a proporção adequada torna-se condição de legalidade. Portanto, a inconstitucionalidade

* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino* (UMSA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduação em: Teoria da Constituição; Direito do Trabalho; e Direito Civil pelo CESAP – UniCEUB.

ocorre quando a medida é excessiva, injustificável, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade. Esta, enquanto princípio constitucional,

somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.

A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional, por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e Suíça. Contribuiu notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo princípio constitucional.

A regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar entretanto a abalar o princípio da separação de poderes, visto que a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da separação, porque o raio de autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantém de certo modo plenamente resguardada, sob a regência dos princípios estabelecidos pela Constituição.

No segundo Estado de Direito, o legislador já não é, porém, o soberano das épocas em que o princípio da legalidade se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, ao princípio de constitucionalidade. De

consequente, o legislador, em razão do aperfeiçoamento dos mecanismos jurisdicionais de controle de seus atos, deixou de mover-se com a inteira liberdade do passado, típica da idade do primeiro Estado de Direito. Com a instauração doutrinária do segundo Estado de Direito, o juiz ao contrário do legislador, atua por um certo prisma num espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também - sobretudo em matéria de justiça constitucional - pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. A Justiça Constitucional está mais apta a inserir, no ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade enquanto método de apoio interpretativo.

As limitações que atualmente padece o legislador constituinte de segundo grau - titular do poder de reforma constitucional - configuram, a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, a saber, a preponderância sólida do princípio da constitucionalidade, hegemônico e moderno sobre o vetusto princípio da legalidade ora em declínio nos termos de sua versão clássica, de inspiração liberal. Mas essa supremacia, introduzida de maneira definitiva pelo novo Estado de Direito, somente tem sentido e explicação uma vez vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz dos direitos fundamentais. Aqui o princípio da proporcionalidade ocupa o seu lugar. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado por princípio ou máxima constitucional.

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade são princípios não escritos, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertencem à natureza e essência do Estado de Direito. Portanto, são direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido

ainda formulado como "normas jurídicas globais", fluem do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do artigo 5º, que abrange a parte não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que esta consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são cânones do Estado de Direito, bem como regras que tolhem toda ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A eles não poderia ficar estranho o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como são, princípios que embargam "o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade."

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a despeito de suas eventuais diferenças, afiguram-se em princípios fundamentais à noção de Estado Social e Democrático de Direito. Inúmeros fatores impedem a efetivação dos ideais democráticos albergados na maioria das cartas constitucionais dos Estados denominados formalmente democráticos e dos Estados em transição para a democracia. Dentre eles, exerce papel de relevo a desatenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O Brasil, muito embora esteja consignado no artigo 1º da Lei Maior tão-só que a "República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito", deve primar para ser um Estado Social Democrático de

Direito, em virtude do que dispõem, entre outras, as normas contidas nos artigos: 1º, III, 3º, I, III, e IV, 5º, LV, LXIX, LXXII, LXXIV, LXXVI; 6º, 7º, I, II, III, IV, VI, X, XI, XII; 23; 170, II, III, VII e VIII.

O Estado Social é aquele que, além dos direitos individuais, salvaguarda os direitos sociais, sendo obrigado a ações positivas para realizar o desenvolvimento e a justiça social, como assinala Carlos Ari Sundfeld. A razoabilidade e a proporcionalidade são princípios fundamentais à concreção do Estado de Direito ou do Estado Social e Democrático de Direito, entendido este como aprimoramento daquele e não como categoria distinta. Assumem primordial importância quando da análise de Estado em concreto e da efetivação do disposto em seu perfil constitucional, já que, sem o atendimento destes princípios não se realiza, efetivamente, a concepção teórica informadora deste tipo de Estado. Weida Zancaner destaca que

a doutrina, ao se pronunciar sobre o princípio da razoabilidade, ora enfoca a necessidade de sua observância pelo Poder Legislativo, como critério para reconhecimento de eventual inconstitucionalidade da lei, ora o apresenta como condição de legitimidade dos atos administrativos, ora aponta sua importância para o Judiciário quando da aplicação da norma ao caso concreto. Isto demonstra de forma cristalina que a razoabilidade é essencial ao sistema jurídico como um todo e que sua utilização é essencial à concretização do direito posto.

O cerne do Direito positivo, como leciona Recaséns Siches, não é permanecer no reino das idéias puras, válidas em si e por si, com abstração de toda aplicação real e situações concretas da vida, mas a sua efetivação. Aliás, outra não é a lição de Miguel Reale quando afirma: "Poder-se-á dizer que o Direito nasce do fato e ao fato se destina, obedecendo sempre a certas medidas de valor consubstanciadas na norma".

A importância da "razoabilidade", como delimitação ao exercício legítimo da atividade legislativa foi sustentada por Carlos Roberto de Silveira Castro:

A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas, para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim -? *Mens-end relationship*? Segundo a nomenclatura norte-americana - da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de? Razoabilidade? E de? racionalidade? Vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política.

Vale esclarecer que, para o autor, as expressões "distinguir", "classificar", "classificação", aplicadas à atividade legislativa, são equivalentes a "dispor", "estatuir", consoante pode-se depreender quando diz: "Pode-se mesmo afirmar que legislar significa classificar. Classificam-se pessoas e bens segundo os mais diversos critérios fáticos para fins de se atribuir a cada conjunto da realidade efeitos jurídicos singulares e de toda espécie." Como bem observa Weida Zancaner,

claro está que os direitos individuais e coletivos albergados na Constituição, e cerne do Estado Social e Democrático de Direito, não podem ser postergados pelo legislador infraconstitucional, nem pode este desnaturá-los editando leis que com eles conflitem, quer frontalmente, quer por via oblíqua, sob pena de afronta ao princípio da razoabilidade e, conseqüentemente, ao princípio da legalidade."

Acrescenta a mencionada autora que a importância do princípio da razoabilidade no âmbito do Poder Executivo ombreia-se também quando do exercício das outras duas funções do Estado. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, enuncia-se o princípio da razoabilidade

que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente inválidas -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivessem atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Recaséns Siches, aponta com brilhantismo a necessidade da observância do princípio da razoabilidade pelo Poder Judiciário. Os ensinamentos do mestre estão sintetizados de forma lapidar no seguinte trecho de sua monumental obra intitulada *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*:

O juiz, para averiguar qual a norma aplicável ao caso particular submetido à sua jurisdição, não deve deixar-se levar por meros nomes, por etiquetas ou conceitos classificatórios, mas pelo contrário, tem que ver quais são as normas, pertencentes ao ordenamento jurídico positivo a ser aplicado no caso concreto, que ao dirimir o conflito estejam em consonância com os valores albergados e priorizados por este mesmo ordenamento.

O princípio da razoabilidade impõe a coerência do sistema. A falta de coerência, de racionalidade de qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional gera vício de legalidade, visto que o Direito é feito por seres e para seres racionais, para ser aplicado em um determinado espaço e em uma determinada época.

Através da análise da razoabilidade também se verifica se os vetores que orientam determinado sistema jurídico foram ou não observados. A desobediência a esses vetores macula de ilegalidade o ato, quer em sede administrativa, legislativa ou jurisdicional. Conclui Weida Zancaner que

princípio da razoabilidade compreende, além da análise da coerência dos atos jurídicos, a verificação de se esses atos foram ou não editados com reverência a todos os princípios e normas componentes do sistema jurídico a que pertencem,

isto é, se esses atos obedecem ao esquema de prioridades adotado pelo próprio sistema.

Além da sua compreensão como critério de aplicação das normas jurídicas, o princípio da razoabilidade deve ser alçado a critério de inteligência de todo e qualquer sistema jurídico que pretenda se perenizar. Ele dá substância à lógica do sistema, isto é, torna uma massa imensa de normas jurídicas um todo coerente, com prioridades e finalidades definidas e passíveis de serem compreendidas e ordenadas.

Finalmente, o princípio da razoabilidade deve ser usado em dois momentos distintos: na estática do Direito, para a compreensão do sistema jurídico a ser objeto de análise, hipótese na qual se constitui em um critério de inteligência do Direito; e na dinâmica do Direito, isto é, quando de sua aplicação, para assegurar que o perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito esteja devidamente concretizado.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto de Silveira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. São Paulo: Forense, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

RECASENS SICHES, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. 2 ed. México: Editorial Porrúa. 1973.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2.