

## TEORIA GERAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

As preocupações com a tipologia das atividades estatais têm propiciado, cada vez mais, o desenvolvimento de novas teorias e técnicas de controle de suas formas de atuação, que se efetivam por decisões jurisprudenciais constitucionais ou administrativas.

Passando por temas gerais, alguns clássicos, até os novos procedimentos de controle, chegamos a conclusões em torno da sustentabilidade da decisão, ao erro manifesto de apreciação na qualificação jurídica dos fatos (Lagasse, Dominique. "*L'erreur manifeste d'appréciation em Droit Administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*", Bruxelas Bruyant, 1986), violação do princípio da proporcionalidade, à injustiça manifesta ou a violação do princípio da imparcialidade.

O princípio da proporcionalidade está vinculado, inicialmente, à própria idéia do Estado Democrático de Direito. Apesar de seu relacionamento com os autores de Direito Administrativo, acentua-se, cada vez mais, a sua aplicação em diversos campos do direito. Não é apenas um controle do poder discricionário (Freitas, Juarez. "*Os Atos Administrativos de Discricionariiedade Vinculada aos Princípios*", em Estudos de Direito Administrativo. Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 1.995, pp. 126 a 146. Trata-se de excelente trabalho, de grande importância para as nossas preocupações neste ensaio), mas demanda fiscalização que permite censurar decisões arbitrárias, irracionais ou mal estruturadas, pelo que deve a Administração demonstrar aos administrados as justificações sérias e plausíveis de seus atos.

É reconhecido como princípio geral do direito, inclusive por sentença do Tribunal Constitucional Espanhol de nº 62, de 15 de outubro de 1982. Esse controle da proporcionalidade, com o correr do tempo, vem sendo aplicado a outros domínios do direito, como: entre a liberdade de expressão e a proteção

da juventude e da infância; proporcionalidade das penas; relação entre liberdade de expressão e o direito à honra, à imagem e à privacidade.

O controle da proporcionalidade tem servido como instrumento do equilíbrio entre os interesses contrários em causa. García de Enterría, vinculando-se a matéria aos princípios, entende que sua aplicabilidade pressupõe autêntico juízo sobre a proporcionalidade dos meios relativamente aos fins (Enterría, García de. “*La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*”, em Legislación delegada, potestada reglamentaria y control judicial, Tecnos, Madrid, 1970; Morón, Miguel Sánchez. “*Discrecionalidad administrativa y control judicial*”. Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1995).

Esse princípio é, também, conhecido como “proibição de excesso”, sendo que para Antônio Francisco de Sousa, pode ser compreendido

O acompanhamento da doutrina e da jurisprudência leva-nos ao alcance da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. As declarações jurisprudenciais de princípio explicam sobre a existência de uma única solução justa, ao lado do reconhecimento de amplas margens de apreciação, na qual a Administração entende que “essa” deverá ser a solução. Questiona-se, também, a tese da “solução única”.

A aplicação dos conceitos indeterminados é vista dentro da categoria que a doutrina italiana denomina de *fatti opinabili*. Nesse caso a solução justa poderia ser uma única, no plano da filosofia pura. Entretanto, na maioria dos casos não existiria unanimidade na busca de determinada solução, pelo que não seria possível atingi-la por processos discursivos ou probatórios. O problema real se reduziria a determinar quem declara qual é o solução, que se há de estimar como justa e verdadeira, estabelecendo-se a solução conveniente ou mais conveniente, entre as aceitáveis e válidas pelo direito.

Eduardo Garcia de Enterría afirma, de maneira correta, que a questão do controle judicial do exercício dos poderes discricionários da Administração é um tema clássico da Teoria do Direito. Diz, ainda, que nos últimos anos, tem surgido viva polêmica sobre esse velho tema.

Com a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, a lei estabelece uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos em sua enunciação, apesar de pretender um pressuposto concreto. A lei não determina com exatidão os limites destes conceitos, desde que se trata de definições que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosa.

Não está claro que exista uma diferença entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa, pelo que a Administração pode levar a termo aplicações distintas do conceito que seriam igualmente lícitas, para uma solução juridicamente aceitável.

Na compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados, como afirma Eduardo García de Enterría, devemos insistir na atualidade geral da técnica dos princípios gerais do direito, reconhecidos em todos os sistemas positivos, como essencial ao processo aplicativo do direito. Essa técnica, no que se refere aos seus efeitos, constitui um dos valores centrais do ideário democrático, que é o consenso. Deve existir o esforço permanente de justificação das decisões, através da demonstração de seu caráter racional e plausível.

A compreensão da indeterminação, decorrente de certas linguagens insuficientes para adequação concreta da norma, aproxima-se da compreensão do âmbito do direito: “Se si cercano nell’ambito del

No exame do controle dos conceitos legais indeterminados, surgem os princípios gerais do direito e os princípios gerais de valoração. Também compõem a Teoria Geral dos Conceitos Indeterminados o princípio da igualdade, essencial a toda atividade administrativa, o da imparcialidade, a autovinculação da administração, a “opinião média” da sociedade (senso comum, aceitação geral) juízos de experiência comum e juízos de experiência ou do conhecimento técnico e as necessidades do serviço (Souza, Antônio Francisco de. “*Conceitos Indeterminados*” no *Direito Administrativo*, pp. 232 a 234; Acosta, Manuel J. Sarmiento. “*Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*”, Editorial Civitas, Madrid, 1996).

No que se refere à elaboração teórica do princípio da proporcionalidade, convém ressaltar alguns paradigmas da liberdade: “a) a negação de privilégios; b) a correspondência ao *direito de igualdade* de um *dever* ou *obrigação* de *igualdade*; c) o tratamento da respectiva temática quer em sede dos *direitos naturais, inatos, essenciais, imprescritíveis*; quer dos *direitos e garantias*; quer dos direitos políticos e *civis*; d) a noção de igualdade como *direito absoluto* e, mais particularmente ainda, como qualidade essencial dos direitos absolutos; e) a distinção entre igualdade natural, igualdade social (i.e. concreta, real) e igualdade legal” (Albuquerque, Martin de. “*Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*”. Com a colaboração de Eduardo Vera Cruz, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 79).

O princípio da proporcionalidade vem ganhando, a cada dia, novos terrenos no Direito comparado. Mostra Martin de Albuquerque que no Direito Português, “a problemática da *proporcionalidade da lei e da dicotomia lei-privilégio* ganhou fundas raízes pela leitura das autoridades do direito comum passadas em revista. Mas igualmente pelos textos de referência. A *Sumística*, por exemplo, ensina que a lei só é justa quanto à forma se impõe os encargos aos súbditos em ordem ao bem comum segundo a igualdade de proporção —

“*Ex forma justa est quando secundum aequalitatem proportionis imponunt onera subditis in ordine ad bonus comune*, lê-se na *Summa, Summarum* de Silvestre Prieras.” (Albuquerque, Martim de. *Da Igualdade. Introdução e Jurisprudência*, ob. cit., p.p. 34 e 35)

No desenvolvimento dos pressupostos da proporcionalidade, mostra Martin de Albuquerque que a lei injusta é pecado gravíssimo. Por isso, não merece ser chamada de lei, nem estatuto, nem mandamento, mas sim de corrupção de lei mandamento. Afirma que pode nascer da lei a injustiça, inclusive por sua forma. São essas as leis que não repartem a cada um a carga de sacrifício que são capazes de suportar, em vista de sua capacidade e força. A lei injusta não merece ser chamada de lei.

No campo da principiologia, o tema surge ao lado das referências aos princípios gerais do Direito e aos conceitos jurídicos indeterminados. É elencado o princípio da proporcionalidade, ao lado de outros que pretendem nova sistematização dos procedimentos de fiscalização da atividade administrativa: o princípio da interdição da arbitrariedade; o princípio da razoabilidade e o princípio da racionalidade.

Dentre as exigências constitucionais, no que se refere a atividade administrativa, entende-se que o controle jurisdicional ocorrerá para verificar se a decisão discricionária é objetiva e responde aos interesses gerais. Além de não ser arbitrária, deve atender às várias alternativas possíveis, baseadas em critérios políticos, técnicos, econômicos e sociais, respeitando a razoabilidade e a proporcionalidade, com o balanço dos custos e benefícios.

Os poderes devem ser exercidos razoavelmente, sendo que essa razoabilidade consiste em afirmar que quando é concedido um poder discricionário, a lei o faz respeitando certos princípios, que repugnam os conceitos de má fé, falta de honradez, atuação irrazoável, predominância de circunstâncias estranhas ou irrelevantes e desprezo pelas políticas públicas.

Muitas dessas afirmativas confrontam-se com os questionamentos em torno do princípio da legalidade, da reserva de lei e do poder regulamentar. Todos devem estar intimamente ligados ao interesse geral e respeitar o núcleo insuprimível de liberdade, que possibilite a possibilidade da escolha entre diversas alternativas (Chevallier, J. *La dimension symbolique du principe de légalité*; RDPSP, 1990; Lochak, D. *Le principe de légalité: mythes et mystifications*, AJDA, 1981).

Os estudos sobre a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) levam à flexibilização de conceitos administrativos clássicos e rígidos, possibilitando o controle negativo do uso da discricionariedade, através da apreciação do interesse público geral, da técnica do balancea-

mento custos/benefícios e a razoabilidade, sem substituir a preocupação com o melhor interesse público, por parte da administração.

Essa teoria que foi elaborada nos fins do século XIX e princípios do século XX, na Áustria e na Alemanha, leva à livre valoração administrativa, fazendo com que a discricionariedade muda de fisionomia, quando se indaga sobre a possibilidade ou não de se encontrar mais do que uma solução juridicamente possível. Em certos países chegou-se à redução do controle de discricionariedade, entendendo-se que as apreciações discricionárias, não eram senão aplicações de conceitos indeterminados.

Certas críticas são feitas a generalização da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados e sua aplicabilidade, de maneira ampla. É nesse sentido que o interesse geral não é tido como conceito jurídico indeterminado (Beltrán de Felipe, Miguel. “*Un Intento Doctrinal de Control Absoluto o Sustitutivo de la Discrecionalidad: El Interés General como Concepto Jurídico Indeterminado en Discrecionalidad Administrativa y Constitución*”, Editorial Tecnos, S.A., 1995, pp. 237 e ss).

Essas considerações não estão distantes do exame das fontes e do controle do princípio da proporcionalidade, que vem tendo grande realce nas jurisprudências constitucionais e administrativas. Xavier Philippe compreende-o como princípio fundamental que inspira não somente a ação administrativa, mas toda atividade humana. O ser humano antes de agir deve calcular as vantagens e os inconvenientes de seus atos, confrontando-os com as regras jurídicas às quais ele adere ou que lhe são impostas. A proporcionalidade comporta variáveis e indeterminações que não podemos negligenciar. A proporcionalidade pode ser interpretada através da análise de seus valores abstratos ou por meio de sua aproximação com as idéias da razão e da equidade, evocando-se assim um conceito de ordem filosófica.

As fontes doutrinárias do conceito de proporcionalidade não são apenas inerentes ao direito. As ciências sociais, matemáticas e econômicas, também, o utilizam. A jurisprudência estrangeira examina-o sob diversas formas, inspirando mesmo o Direito comunitário.

É conveniente lembrar que, com o correr da consolidação do Direito Comunitário, foram consagrados diversos princípios de índole institucional (princípio da solidariedade ou lealdade comunitária, com o corolário do princípio do adquirido comunitário; princípio do equilíbrio institucional; princípio da uniformidade; princípio da subsidiariedade; princípio da proporcionalidade; princípio da coesão econômica e social) e os de índole econômica (princípio da não discriminação; princípio da livre circulação; princípio da segurança

jurídica e da confiança legítima; princípio da “preferência comunitária”; princípio da convergência das economias).

Ana Maria Guerra Martins, no exame dos temas comunitários, ao examinar o princípio da proporcionalidade, salienta: “Noção: Todo o encargo imposto ao destinatário de regras comunitárias deve ser limitado à medida do estritamente necessário para atingir o objetivo a prosseguir e requerer os menores sacrifícios possíveis da parte dos operadores sobre que incide (Ac. Bela Muhle, proc. 14/76 de 5.7.1977).

O p. da proporcionalidade visa regular os conflitos que podem surgir no exercício de poderes entre, por um lado, a prossecução do objetivo da ação e, por outro, o atentado a outros objetivos cuja legitimidade é reconhecida pelo D.C.

Este princípio foi utilizado pelo TJ para controlar o exercício de poderes pelos Estados membros, por um lado, e o exercício de poderes pela Comunidade, por outro.

Ao nível do controle do exercício de poderes pela Comunidade, o princípio foi utilizado para arbitrar os conflitos entre os diferentes objetivos que a Comunidade deve prosseguir. Uma ação adaptada com vista à prossecução de um determinado objetivo pode lesar outro objetivo ou outro valor legítimo do D.C.

O princípio foi aplicado, sobretudo, em matéria de PAC.

O TUE consagra o princípio da proporcionalidade no art. 3º B, § 3º (Martins, Ana Maria Guerra. “*Introdução ao Estudo do Direito Comunitário. Sumários Desenvolvidos*”, LEX, Lisboa, 1995, pp. 93 e 94. Textos Universitários; Barreto, Patrícia Salvação. “*Tratado CE. Tratado CECA. Tratado CEEA*”. Versão Actualizada. Por força do Quarto Alargamento, Lisboa, 1995, p. 30).

A proporcionalidade aparece em fontes normativas evidentes, apesar de não se falar em um princípio geral da proporcionalidade, embutido em outras regras. O princípio da igualdade (Albuquerque, Martim. “*Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*.” *Com a colaboração de Eduardo Vera Cruz*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993) impõe, de certa maneira, uma proporcionalidade absoluta. De um conjunto de normas que fixam o quadro de ação da administração pública, decorre a idéia de proporcionalidade, que limita o poder discricionário da administração.

Existem vários domínios nos quais atua o controle de proporcionalidade, sendo que o juiz, através de vários métodos, integra a proporcionalidade nos domínios os mais diversos. O controle da proporcionalidade pode ocorrer no

procedimento contencioso, no domínio do excesso de poder ou abuso de poder ou no contencioso de plena jurisdição. Vários são os setores em que se opera a proporcionalidade, sendo que devemos destacar que um dos domínios mais importantes está no que toca à proteção dos direitos fundamentais. A força do princípio e o seu controle não reside apenas dentro dessas potencialidades, mas ele se insere explícita ou implicitamente nos domínios os mais diversos. As funções do controle de proporcionalidade são múltiplas, dentre elas podemos ressaltar a da vigilância e da coerência das ações do legislador e do administrador. Propicia a manutenção dos princípios de uma “boa legislação” e de uma “boa administração”, pelo que pode ser usado de maneira supletiva. O controle de proporcionalidade apresenta, também, um caráter residual, desde que o juiz não deverá substituir o legislador ou o administrador. Xavier Philippe chama essas atividades de funções políticas do controle de proporcionalidade, sendo que quando utiliza o princípio o juiz visa estabelecer um certo equilíbrio constitucional dos poderes, sem que se estabeleça um governo dos juízes (Debbasch, Charles. *Préface* do livro de: Philippe, Xavier. “*Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Français*”. *Collection Science et Droit Administratifs*, Economica. Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris, 1990).

A concepção de proporcionalidade apresenta diversas indagações, apesar da aparente clareza com que surge no Direito Público. Várias indagações sobre o seu exato conteúdo são constantes (Delpérée, F. “*Le principe de proportionnalité en droit public. Eléments d’analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d’Etat*.” *Rapports belges au Xème Congrès international de droit comparé* (Budapest), Ed. Bruyland, Bruxelles, 1978; Guibal, M. “*De la proportionnalité*”. *AJDA*, 1978; Hailbronner, K. “*The principle of the proportionality*”, em *Rapports généraux au Xème Congrès international de droit comparé*, 1978, Akademiai Kiado, Budapest, 1981; “*Dictionnaire Littré*” Soc. Robert, Paris, 1976; Costa, J. P. “*Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Coneil d’Etat*”, *AJDA*, 1988; Delpérée, F. “*Liberté, légalité et proportionnalité*”, *Administration publique, Revue de droit public et des sciences administratives*, Bélgica, Trimestral, nº 4, 198; Braibant, G. “*Le principe de proportionnalité*”, *Mél. Waline*, Tomo 2, LGDJ, Paris, 1974). A proporcionalidade caracteriza-se por grandezas que não permanecem proporcional entre elas, fazendo repartir alguma coisa de conformidade com a justa proporção. A proporcionalidade contém um liame de proporção, propiciando uma relação de conveniência, de fundamentação lógica ou de comparação entre as partes de um todo. Constitui uma noção genérica, em cuja apreciação exata

impõe-se um qualificativo suplementar. A exata proporção ou a proporcionalidade em se identificar-se com a igualdade. Não será, entretanto, senão relativa, desde que pretende estabelecer uma relação ou uma comparação entre diferentes valores.

A definição geral da proporcionalidade estabelece-se em torno de dois elementos. Um elemento fixo, constituído pela relação entre dois ou vários parâmetros e outro elemento variável, representado pelo grau de ligação que os une. É possível apresentar uma multiplicidade de definições, nas quais o conteúdo será diferente, sendo que apenas a característica comum permanece na existência de determinada relação. A concepção comum da proporcionalidade caracteriza-se pela existência de uma relação de correlação. É uma noção transversal que afeta várias ciências.

A proporcionalidade jurídica é considerada como decorrente da exigência de uma relação lógica e coerente entre dois os vários elementos. As idéias que veiculam está contida em conceitos com racionalidade, necessidade, normalidade, harmonia e equilíbrio.

A determinação do conceito de proporcionalidade no domínio jurídico, decorre, também do exame do “princípio de proporcionalidade” e do “controle de proporcionalidade”. Pode ser empregado como critério de regularidade de certo tipo de atuação ou do ato jurídico.

O estudo dos diferentes segmentos do direito permite-nos aperceber que a noção de proporcionalidade é aplicável em diversas matérias. No direito privado ela aparece nos conceitos clássicos, com o abuso do direito e outros institutos referentes a esse segmento da vida jurídica. O Direito Penal também aplica a noção de proporcionalidade no que se refere aos delitos e as penas. No Direito Público, o conceito de proporcionalidade possui diversas formas de aplicações, que vão desde as técnicas da representação proporcional às normas referentes ao imposto e em matéria fiscal. O princípio da proporcionalidade não abandona os critérios lógicos da hierarquia das normas, convém ressaltar o desenvolvimento que esse princípio vem adquirindo no domínio da jurisprudência constitucional e administrativa.

Os estudos sob o controle de proporcionalidade tem dedicado ao exame das fontes, dos domínios e das funções desse princípio. A primeira preocupação é o estudo de suas origens, sendo que a idéia de proporcionalidade é usada de conformidade com a linguagem comum e em sua expressão técnica. O exame do princípio da proporcionalidade é feito pelo levantamento de suas fontes doutrinárias e de suas fontes normativas, com grande repercussão no direito contemporâneo, nos segmentos externos e internos.

## “RECTA RATIO”

A expressão RECTA RATIO é de Cícero, e prefigura no *De legibus*, onde o filósofo estoíco, em seu suposto diálogo com Ático, faz o encômio da razão. Palavras do grande Orador: “Que há mais divino que a razão, não já no homem, porém em todo o céu e a terra? Essa razão que, ao alcançar seu perfeito desenvolvimento, se chama, com justiça, sabedoria. Como nada há melhor que a razão, e esta é comum a Deus e ao homem, a comunicação superior entre Deus e os homens é a da razão. Então, os participantes numa razão comum o são também na reta razão; é assim que a lei é uma reta razão. Logo, também devemos considerar-nos, os homens, como sócios da divindade em face da lei; e, ademais, participantes que são numa lei comum, o são também num direito comum.” (*De legibus*, 1,7)

Noutra de suas obras, *De Officiis*, Cícero volta a referir-se à *recta ratio*, e este aspecto é o trecho citado pelo Prof. Machado Pauperio, na *Introdução à Ciência do Direito*, pág. 74, da 5ª edição:

“Há de fato uma verdadeira lei denominada reta razão, que é conforme à natureza, aplica-se a todos os homens, é imutável e eterna. Ela não prescreve uma norma em Roma, outra em Atenas, nem uma regra hoje e outra diferente amanhã. Essa lei eterna e imutável abrange todos os tempos e todos os povos.”

A expressão originada de Cícero (106-43 a.C.) foi retomada por Grocio (1583-1645), no *De iure belli ac pacis* (I.1.10), para afirmar o direito como a razão, que reta, é o único critério de verdade reservado ao homem dentro de suas possibilidades.

É esse o lema da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, proposto no ato de sua fundação pelo Professor e Desembargador Fernando Whitaker da Cunha.