

O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SUA APLICABILIDADE AO DIREITO PROCESSUAL

Fernanda Tatari Frazão de Vasconcelos*

fernandatfv@uol.com.br

RESUMO

Os recentes julgados dos tribunais superiores pátrios e a doutrina vêm de forma maciça e contínua invocando a proporcionalidade como forma de solução de contendas. Nesta pesquisa, busca-se determinar a afirmação da proporcionalidade erigida à categoria de princípio constitucional, dotado de autonomia, imanente e com aplicabilidade em todo o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Princípio da Proporcionalidade; Direito Processual Civil; Tendências.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de proporção se relaciona com as concepções de justiça, de razoabilidade, de moderação, de cautela e de utilidade. Deveras, as inúmeras aplicações do conceito de proporção podem ser sentidas em todas as áreas do Direito¹: na Teoria Geral do Direito costuma-se falar em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, cuja função é atribuir a cada um a sua proporção; no direito penal, recorre-se à ideia para justificar a necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites desta; no direito processual situa-se a ideia de proporção entre o gravame realizado e a finalidade a que se dirige o ato processual; no direito constitucional e administrativo a ideia se relaciona com a restrição ocasionada por um ato do Poder Público e a finalidade por ele pretendida. Enfim, a ideia de proporcionalidade sempre foi largamente utilizada no direito, sem que, em contrapartida, fossem estabelecidos os critérios e limites aptos a dotá-la de certa unidade de sentido.

* Defensora Pública do Estado de São Paulo, Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) e graduada em Ciências Jurídicas (Universidade Mackenzie).

¹ Os exemplos foram extraídos de ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p.112/113.

HUMBERTO ÁVILA², em obra cujo objetivo primordial foi estabelecer exatamente a distinção entre os fenômenos normativos, constata dois problemas principais no uso indiscriminado da ideia de proporcionalidade. O primeiro diz respeito à sua aplicabilidade, uma vez que nem sempre quando se utiliza a palavra proporção quer-se referir exatamente à proporcionalidade como agora se pretende conceber, e o segundo se refere ao seu funcionamento, isto é, como definir quais os meios adequados e necessários para atingir um fim legítimo.

Logo, a aplicação do princípio da proporcionalidade será relacionada à função distributiva do Direito³, acrescentando-se, ainda, a noção de conflito de interesses e princípios e a necessidade da existência de uma relação de causalidade entre os meios adotados e os fins perseguidos pelas normas.

Nesse sentido, portanto, o princípio da proporcionalidade deverá ser observado tanto pelo legislador ao proceder à formulação das leis⁴, quanto pelo juiz no momento de sua aplicação concreta.

a) Justificação Constitucional do Princípio da Proporcionalidade

Pertinente é a especial posição hierárquica da *proporzióne* no ordenamento jurídico e a sua exigibilidade perante o Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinário (art. 102, inciso III, da CF) ou pelo controle abstrato dos atos legislativos, por meio de ação direta (art. 102, inciso I, alínea „a“, da CF)⁵.

O princípio da proporcionalidade não é expressamente previsto na Constituição⁶, no entanto, não deixa de ter assento constitucional, podendo ser inferido, conforme a concepção que se adote, do conjunto dos princípios

² ÁVILA, op. cit. nota 1, p.112/113.

Ibid, p.113.

³ Neste sentido: BARROS, Suzana de Toledo, **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília, Brasília Jurídica, 1996. p.23: “**O princípio da proporcionalidade**, como se pretende demonstrar, tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastando para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade” (destaque no original).

⁴ Ibid., p.87.

⁵ A Constituição da República Portuguesa, por sua vez, no art. 18,2 adota diferente concepção ao estabelecer que: “A lei só poderá restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

⁶ Esta constatação é reforçada ante o conteúdo do art. 5º, § 2º, da CF, onde se lê, no que interessa: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

consagrados explicitamente⁷.

A Constituição Federal de 1988 adotou uma série de direitos e garantias que representam as escolhas políticas, democraticamente legitimadas, e resultam dos valores por ela mesmo consagrados, decorrendo os princípios da elaboração e sistematização jurídica daquelas decisões. Assim, tem-se que a eficácia e validade dos preceitos constitucionais só é verificada por meio da observância dessas normas-princípios, em consonância harmônica com as normas-regras, que não poderão ser olvidadas.

Do contexto de tais comandos de normas-princípios e normas-regras alinhavados, constrói-se a exigência da proporcionalidade.⁸

Para parte da doutrina, o princípio da proporcionalidade tem o escopo precípuo de evitar o excesso de poder manifestado na atividade legislativa, por meio da compatibilização da norma com os postulados de necessidade e adequação, sem contudo invadir a seara da finalidade do legislador.⁹

Quanto à natureza constitucional do princípio da proporcionalidade, todavia, muitos autores divergem¹⁰ ao dissertarem sobre a maneira por meio da qual ele é autor, “não há identificação entre norma e texto. O dever de proporcionalidade também não resulta de um texto específico, mas da estrutura mesma dos princípios, sem que isso lhe retire força normativa”.

Em todo caso, é imprescindível deixar sublinhado que o princípio da

⁷ Esta constatação é reforçada ante o conteúdo do art. 5º, § 2º, da CF, onde se lê, no que interessa: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

⁸ Reconhecendo a dignidade constitucional do princípio da proporcionalidade. BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 369, de onde se destaca: “Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”. Ainda, BARROS, op. cit., nota 4, p.89, que leciona: “**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)” (destaques no original).

⁹ Reservam ao princípio constitucional da proporcionalidade e à sua autonomia título de sua obra MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 355/356.

¹⁰ ÁVILA, op. cit., nota 2, p.170/171, sustenta interessante ponto de vista calcado na ideia de que a inexistência texto escrito não retira normatividade do princípio porque o seu fundamento de validade está na estrutura da norma jurídica e na atributividade do próprio Direito.

proporcionalidade goza, diante da realidade constitucional brasileira, de *status* hierárquico superior, podendo ser reclamado em face de atos jurisdicionais, desde que cumpridas algumas condições, sobre as quais agora nos dedicaremos.

b) Pressupostos e Requisitos do Princípio da Proporcionalidade

Diante disso e da indeterminação quanto ao conteúdo desta operação (verificação da relação entre meio-fim), que será realizada pelo juiz diante do caso concreto, é inescapável a adoção de critérios para que as decisões sejam controláveis e não fiquem, conseqüentemente, sujeitas a oscilações interpretativas e individuais. É preciso, então, que as medidas restritivas se encontrem previstas em lei e sejam necessárias em uma sociedade democrática para alcançar certos fins legítimos previstos no ordenamento jurídico.

Para a doutrina alemã, a aplicação da proporcionalidade exige a adoção da legalidade como pressuposto formal e a justificação teleológica como pressuposto material. Além disso, estabelece requisitos extrínsecos (judicialidade e motivação das decisões) e intrínsecos (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)¹¹ para seu correto emprego.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA é bastante didático em sua lição acerca do conceito de necessidade, ao afirmar que

quando se fala em “necessidade” ou “exigibilidade”, nos termos da regra da proporcionalidade, não se quer fazer menção a uma situação de necessidade, de urgência ou “algo precisa necessariamente ser feito”. Isso por duas razões. Em primeiro

¹¹ Na teoria geral do processo, como se sabe, o direito de ação (art. 5^a, XXXV, da CF) não é ilimitado. É preciso que ele seja submetido a alguns questionamentos antes que o aparelhamento judicial seja disparado em direção à resolução do conflito entre as partes. Inicialmente, para aqueles que crêm em uma relação jurídica processual, é preciso avaliar se estão presentes os pressupostos processuais, isto é, as exigências legais para sua constituição válida e regular. Em seguida, faz-se a indagação quanto às condições da ação, vale dizer, sobre o interesse de agir, legitimação *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido. Ao final, restando positivas essas inquirições, será possível a análise do mérito da causa. No presente momento do trabalho, interessa-nos tecer algumas considerações a respeito de um dos elementos retrocitados: o interesse de agir. O princípio referido deve-se atentar para três critérios, quais sejam, o “interesse-necessidade, o interesse-adequação e o interesse-utilidade”. Obtemperem-se, apenas, que estes três critérios, na doutrina, não têm uma aplicação una, variando de autor para autor sua colocação no âmbito do interesse de agir. Como exemplo, temos: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.257, para quem “não convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado **útil** (destaque nosso). É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional seja **necessária e adequada**” (destaque no original).

lugar porque a adoção da medida – mesmo que eventualmente necessária nos termos da proporcionalidade- pode ser uma questão de oportunidade e conveniência política. Não há nesse sentido relação alguma entre necessidade ou exigibilidade e imposição da conduta. Em segundo lugar porque o exame da necessidade de uma medida, nos termos da regra da proporcionalidade, é um teste comparativo. Isso significa que um ato estatal é necessário quando comparado a outras alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade.¹²

O Supremo Tribunal Federal, no bojo do voto exarado nos autos da PETIÇÃO 3.388/RO, o insigne Ministro Relator Carlos Ayres Britto, expressamente mencionou a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade nas questões fundiárias, consignando na ementa do julgado que

o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.¹³

Ainda, o Supremo Tribunal Federal reconhece nos autos do julgamento do RE nº 511.561/SP, que versa sobre a exigência do diploma específico para o exercício da profissão de jornalista, nos termos do voto de lavra do Excelentíssimo Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes, estabelece que proporcionalidade goza de autonomia e deverá atender aos critérios de adequação e necessidade¹⁴.

¹² *in Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 170/171.

¹³ Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 RTJ VOL-00212- PP-00049 EMENT VOL-02408-02 PP-00229.

¹⁴ Confira-se, *in verbis*, trecho extraído do respectivo voto: “Dessa forma, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou

c) Pressuposto da Legalidade

O princípio da legalidade é corolário da dimensão do Estado Democrático de Direito. Isso significa que a lei, para além de um instrumento formal de limitação do Poder estatal, representa a adoção dos valores adotados pelo Estado.

No processo não poderia suceder de maneira diversa. A garantia do devido processo legal impõe ao Estado, por intermédio do Legislativo, o exercício de seu poder de conformação mediante a edição de leis. Ou seja, o legislador, no uso de suas atribuições constitucionais e baseado nos princípios por esta adotados, fixará a forma de exercício dos direitos individuais a fim de compatibilizar os diversos interesses existentes na sociedade. Assim, para que a alguém seja imposta uma pena ou, mais amplamente, para que alguém seja submetido a qualquer coação estatal, é preciso que a lei tenha definido a forma como sucederá a atuação do Estado, o único ente constitucionalmente legitimado a cumprir este desiderato.

Da mesma forma, poderá o legislador, ponderando os princípios constitucionais, determinar a restrição de alguns direitos para possibilitar o exercício de outros. Aliás, no tocante a este ponto, é importante frisar que a restrição de direitos fundamentais somente pode se dar quando houver autorização

desproporcionais. A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*). O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*). Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, é preciso analisar se a lei restritiva da liberdade de exercício profissional, ao definir as qualificações profissionais, tal como autorizado pelo texto constitucional, transborda os limites da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial dessa liberdade.” (RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692).

constitucional. O legislador somente está autorizado a restringir direitos fundamentais, dentre os quais, obviamente, se inclui a liberdade, se o fizer por meio da lei e nos estritos termos constitucionais. Segue-se, portanto, que a lei objetiva a proteção individual, devendo refletir, até mesmo nos casos em que prevê a restrição de direitos, as determinações constitucionais.

Assim, a lei processual deve tipificar tanto as hipóteses de aplicação, quanto a maneira pelas quais se darão as intromissões dos poderes públicos no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos, firmando sua legitimidade democrática e garantindo a previsibilidade da atuação dos entes estatais (princípio da *nulla coactio, sine lege*).

Além disso, é preciso que a lei processual tipificadora de restrições a direitos fundamentais seja escrita, estrita e prévia.

Quanto ao primeiro requisito (lei escrita) não resta muita dúvida, pois no sistema romano-germânico (*Civil Law*) a lei é um instrumento escrito, que depende de processo legislativo para sua edição.

O segundo requisito (lei estrita), por sua vez, visa a coibir que o legislador burle a legalidade lançando mão, na edição das leis, de cláusulas gerais absolutamente indeterminadas que demandem do aplicador do direito total composição de seu conteúdo. Ressalte-se, apenas, que isso não significa que o juiz não possa acomodar a lei ao caso concreto, segundo o conflito de interesses em jogo, mas impede que o legislador não assuma suas responsabilidades na configuração limitada e definida dos pressupostos de admissibilidade e do conteúdo das limitações de direitos fundamentais.

Por fim, o terceiro requisito (lei prévia) estabelece que a lei processual posterior ao fato objeto do processo que autorize e regule restrições na esfera de direitos e liberdades individuais não pode retroagir, pois isto afetaria a segurança jurídica (previsibilidade da restrição) e a tutela da liberdade.

THE CONTENT OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND ITS APPLICABILITY TO THE PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

The recent trial of the superior courts and patriotic doctrine com so massive and continuous invoking proportionality as a means of solving disputes. In this research, we seek to determine the claim of proportionality built into the category of constitutional principle, given autonomy, and immanent applicability throughout the legal system.

Key-words: Principle of Proportionality, Civil Procedural Law, Trends.

REFERÊNCIAS

OBRAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: Pensamento Formal e Argumentação**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

ÁVILA, Humberto, A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade, *in* **Revista de Direito Administrativo**. v. 215, jan./mar. 1999.

_____. **Teoria dos Princípios**. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos, 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos o fundamento e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo, Malheiros, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWOKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (traduzido por Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil** (traduzido por Cândido Rangel Dinamarco). Rio de Janeiro, Forense, 1984.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. Princípio do Juiz Natural como Garantia Constitucional, in **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, n. 02, ano 05, jul./dez. 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Oscar José de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. 3, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria, e TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.