

DEVIDO PROCESSO LEGAL: PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

ROBERTO ROSAS

1. O devido processo legal tem dois princípios enformadores essenciais para sua aplicação: a proporcionalidade e a razoabilidade — da lei, do ato, da atitude, da ação, etc. São princípios importantes para o entendimento desse instituto, e da sua importância, passando a reserva legal. a) de natureza constitucional (ninguém é obrigado a fazer se não em virtude de lei), para a proporcionalidade dos atos em geral, não existente na Constituição, a não ser no art. 5º, § 2º, dentre os princípios democráticos. b) Há distinção entre proporcionalidade e razoabilidade. Apenas, apresentam-se com mais intensidade, esta nos Estados Unidos, e aquela na Europa. Veja-se na doutrina brasileira que há distância entre os termos, ainda que possa se subsumir a proporcionalidade como elemento da razoabilidade (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 9ª ed., pg. 68).

Examinemos na linguagem jurídica americana, o significado de reasonable, como adequado, plausível, considerável, imparcial, justificável e reasonableness, como senso comum, equidade, justiça, moderação, probabilidade (William C. Burton — Legal Thesaurus, 2ª ed., pg. 883), já no Ballentine's, reasonable apresenta-se como racional, não arbitrário ou caprichoso.

2. O razoável está relacionado com a razão (ratio) e com o verbo reri (crer, julgar, pensar). O homem é animal razoável com meios e fins. A razão pode ser matemática ou filosófica, nesta há faculdades orientadoras do conhecimento da verdade. A razão é bom senso, prudência (Ferrater Mora) (Dicionário de Filosofia).

Aristóteles desenvolveu o conceito de razão e defendeu a reta razão, com a justiça no meio termo (Ética a Nicômaco). A reta razão desdobra-se na proporcionalidade, igualdade e equidade. O julgamento é razoável quando se empregam critérios de discernimento, equidade, inteligência (Aristóteles, Ética

a Nicômaco, pg. 109). Já Santo Tomás de Aquino pregou a reta razão como a síntese das virtudes morais — a temperança, a prudência, a força, a justiça. Da razão chega-se à justiça, e acima de tudo à virtude (Suma Teológica). Mais recentemente, Perelman estuda a reta razão, partindo da multiplicidade de soluções, mas no caso concreto, a melhor solução é razoável, no equilíbrio entre o absoluto e o mínimo. Exemplifica: “A cada vez que o juiz deve decidir se houve falta, negligência, imprudência, quando cabe precisar um padrão (agir como bom pai de família), determinar as conseqüências prejudiciais de um ato faltoso, encontra-se regularmente nos acórdãos o recurso à idéia daquilo que é ou não é razoável (*Ética e Direito*, Martins Fontes, pg. 431).

Portanto, estamos diante de idéias apropriadas pelo jurista para chegar à justiça. A liberdade para o exame da razoabilidade da lei ou de uma decisão (pública ou privada) não pode tomar o rumo daquilo que Robert Bork chamou de sedução política do Direito (*The Thempting of America*), ou como acentuou Perelman há limite à tolerância, e é o desarrazoado que não é aceitável (*Ética e Direito*, pg. 432).

3. O princípio da proporcionalidade, também conhecido princípio da proibição do excesso, pode ser entendido como princípio do Estado de direito, ou direito fundamental, que vai desdobrar-se em vários aspectos ou até requisitos. A solução adotada para a efetivação do ato ou medida deve ser adequada a seu fim ou fins. Deve ser conforme nos fins que justificam a sua adoção. É o meio e fim. Pode ser invocado no exame do ato discricionário ou do ato vinculado, com a clássica oposição doutrinária de impedimento das razões desses atos. Também pode ser invocado no exame da finalidade das leis, com impugnação de regra liberdade do legislador.

Como o cidadão deve ser protegido pelos atos estatais, as vantagens para o cidadão são as mais amplas, claro superado pelo interesse público ou coletivo. Para fugir a essa proteção, a ação deve estar apoiada na impossibilidade de outra ação ou meio a não atingir o cidadão. A necessidade material será invocada para justificar o ato. Na dimensão temporal justifica-se num espaço a ação examinada. A ação circunscreve-se às pessoas ou grupos não podendo ter a abrangência total ou ilimitada. Em outras palavras, a ação poderia efetuar-se por outro meio mais eficaz?

Pergunta-se, ainda, se o fim atingido com a ação é proporcional ao seu conteúdo? Se há proporção entre meio e fim (Celso Bastos — *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, pg. 175).

É importante a explicação dos elementos integradores da proporcionalidade. São fundamentais na medida da obediência a eles, fugindo ao arbitrário, ao gosto do intérprete ou ao arbítrio interpretativo.

O elemento adequação entre meio e fim do ato (legislativo ou administrativo) significa a comprovação da medida pertinente ou apta para o fim pretendido ou estabelecido, o essencial ao objetivo escolhido. Então pergunta-se por quê? E para quê? Nessa conjugação de razão e fim, e meio de utilização para chegar-se ao fim, há a proporção necessária à prática. Veja-se num exemplo de um ato exigente da exposição de todos os indivíduos, diante da polícia, à revista, com mãos para o alto. O pretexto é a segurança pública, mas não há adequação entre o meio e o fim.

Outro elemento é a necessidade decorrente da exigência indispensável ao direito fundamental. O meio deve ser necessário para os objetivos pretendidos no ato. Não se examina a forma adotada, e sim como se ativará essa forma, a adoção do meio mais suave, e menos oneroso.

Outro elemento existe na relação entre custo e benefício de um ato. Se há vantagem e desvantagem com a utilização do meio usado. Quais os danos? Quais os resultados? Ainda que drástico, prejudicial, o benefício pode ser ótimo. Pode-se, também, cotejar entre dois direitos fundamentais, a ponderação entre eles, para a admissão do melhor, mais conveniente (ex.: a liberdade e o interesse público; a liberdade e a proteção individual) (ver exemplo da Suprema Corte Americana em 1971, no caso Watergate, sobre a possibilidade da imprensa divulgar notícias que o governo considerava lesivas à segurança nacional (sigilo da informação e o dever da imprensa de informar).

A inconstitucionalidade ocorre com a perda da proporção entre os fins programáticos e as demais regras constitucionais (Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., pg. 353).

Como expõe Konrad Hesse para o direito alemão — a proporcionalidade expressa uma relação de duas grandezas variáveis. Não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos, e insiste na relação entre concessões e restrições de liberdade, sendo determinada no sentido de uma presunção inicial a favor da liberdade (Konrad Hesse — *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sérgio Fabris, 1998, pg. 67).

4. O critério da razoabilidade limita o poder normativo do Estado. Se a lei faz diferenças ou classificações arbitrárias ou tendenciosas infringe o devido processo legal (Santiago Dantas, *Problemas*, pg. 37), porque reside na necessidade de proteção dos direitos e liberdades contra a legislação opressiva, e, por isso, o Estado não pode legislar sem limites. O STF, ao examinar o aumento de taxas judiciais, delimitou a equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante, como razoável ou proporcional (Repr. 1077, RTJ 112/34).

5. A aferição da proporcionalidade e da razoabilidade dá-se segundo lei determinadora de restrição de direitos. A restrição deve ser proporcional ao objeto legal. Em caso concreto, o Supremo Tribunal suspendeu lei estadual que determinava a pesagem dos botijões de gás liquefeitos na presença do consumidor. Além de inócua, a medida acarretaria danos ao fornecedor, não proporcionais ao interesse do consumidor (ADIN nº 855 — RTJ 152/455).

A lei extensiva de direitos também não pode deferir direitos a quem não os tenha, por suas características pessoais ou individuais. Não se pode atribuir condições a quem não tenha como pressuposto o seu exercício, como ocorreu em constituição estadual que deferiu pagamento de férias a aposentados. A lei instituiu prerrogativa do servidor ativo, por isso o Supremo Tribunal assentou: “A norma legal, que concede o 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” (ADIN 1158 — RTJ 160/141). O Supremo Tribunal ao examinar a lei instituidora do chamado exame final de curso (provão) considerou razoável a sua exigência, como forma de aperfeiçoamento dos cursos. Entretanto, dois votos vencidos entenderam a exigência como descabida e atentatória ao princípio da razoabilidade (ADIN 1511). Enfim, está proibida a limitação desproporcional, segundo o art. da Constituição compete ao Poder Executivo a regulamentação das leis. Ora, ainda que não se trate de usurpação dessa competência, como ocorre no avanço dos limites na lei, como exemplo, lei disciplina certo procedimento administrativo, e o regulamento trata do procedimento judicial. Nessa hipótese há ilegalidade. Entretanto, o Executivo pode normatizar, nos limites da lei, porém, de modo não razoável. Logo, não só a lei deve ser razoável, bem como o seu regulamento. A norma regulamentar não deve ser arbitrária ou não plausível, na relação de congruência entre a classificação em si e sem destino (Carlos Roberto Siqueira Castro — *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*, Forense, 1989, pg. 157; Luiz Roberto Barroso — *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, 1996, pg. 207). Tal observação fora sentida por San Tiago Dantas:

“Releva atentar, aqui, para imperiosa necessidade de controle jurisdicional sobre o merecimento das classificações normativas, em particular no quanto respeita à sua “razoabilidade” e “racionalidade”, eis que não é suficiente, para a validade dos atos materialmente legislativos, a simples observância do processo constitucional ou legal pertinente à sua formação. Tudo porque, na exposição de San Tiago Dantas, “Não basta a expedição de um ato legislativo

formalmente perfeito para preencher o requisito do “due process of law”. Se assim fosse, a cláusula seria inoperante como limite ao arbítrio legislativo, pois o requisito constitucional estaria atendido com a simples existência da lei formal. Seria o mesmo que o legislador constituinte dizer ao legislativo ordinário: *you shall not do the wrong, unless choose to do (Cooley)*” (p. 160).

6. No direito comunitário europeu já está previsto o princípio da proporcionalidade como princípio geral e inserido no tratado da CE (art. 3 B, § 3º) — a ação da Comunidade não excede senão o necessário para atender aos objetos do tratado. Destina-se à repartição das competências, temperando o uso que a autoridade comunitária faz do poder discricionário, na adequação dos meios aos fins (Yves Chaput — *Aborder le droit communautaire*, Ed. Senil, 1997, pg. 53)

7. Lei Federal (Lei 9.294) estabeleceu proibição de propaganda de bebidas alcoólicas com determinado teor alcoólico. Arguiu-se a inconstitucionalidade porque não seria razoável a exclusão de bebidas de teor mais baixo. Qualquer bebida pode ser prejudicial à saúde, diziam. Portanto, seria inconstitucional e atentatória ao princípio do devido processo legal substantivo porque não razoável (STF ADIN n° 1755-85).

O Ministro Celso de Mello, então Presidente do Supremo Tribunal, traçou para o caso importante diretriz:

“Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco — especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem “não só da legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)”, de tal modo que “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar de rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)” (Gilmar Ferreira Mendes, “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, In *Repertório IOB de jurisprudência*, n° 23/94, p. 475).

Cumpra enfatizar, neste ponto, que a cláusula do devido processo legal — objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade — deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal que impõem restrições de caráter ritual de atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo a edição de atos legislativos revestidos 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 destituída do necessário coeficiente da razoabilidade.”

8. Na administração é importante a averiguação da proporcionalidade e da razoabilidade.

O ato da administração deve obediência à razoabilidade, porque o administrado não pode sofrer restrições ou constringências senão indispensáveis ao interesse público, ainda que não transgrida norma concreta e expressa, ainda que legal, se o ato não é razoável, diante da proporção existente entre os meios e o fim daquele ato.

A adequação do ato administrativo decorre da razoabilidade da decisão de editar o ato. Há lógica entre a decisão administrativa, e a sua proposta de eficácia. Já a proporcionalidade deve estar na adequação das necessidades administrativas. O sacrifício do interesse individual exigido pelo interesse coletivo (Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 1994, pg. 42).

A impossibilidade do exame dos atos discricionários tem sido obstáculo à passagem da simples legalidade para a apreciação do mérito. No entanto, essa vedação tem cedido a possibilitar a verificação de requisitos essenciais à composição do ato discricionário. O arbitrário não pode revestir a discricionária administrativa, e com isso ficar imune à apreciação judicial. O exame da razoabilidade permite a apreciação do mérito, e então a separação entre o discricionário e o arbitrário. Naturalmente, nesse exame entram os seus elementos na apreciação de meio e fim, o custo-benefício do ato. A conveniência do ato não pode ser examinada, mas outros aspectos ornaram o discricionário, como exigência descabida, não útil, desnecessária ou exorbitante, a exigência de requisitos absurdos, a discriminação de indivíduos sem razões práticas ou técnicas, como fixação de idade para concurso em carreira não necessitada de nível etário para o exercício. A ocupação de cargos simultaneamente por dois irmãos, decidindo

conjuntamente (ver STF-MS 23158, julgado em 11.11.99 — dois irmãos julgando no mesmo órgão colegiado). Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade proíbem o excesso e veda o arbítrio do poder, como forma de proteção dos direitos e das liberdades das pessoas (STF — SS 1320-9, Min. Celso de Mello — RDA 216/223). Será discricionário o ato que determine a forma da embalagem de certo produto, porém, se houver inadequação da exigência, embalagem grande ou pequena, portanto, desproporcional ao custo-benefício, cede o discricionário ao autoritário ou arbitrário, e portanto, possível a exame da proporcionalidade (STF exigência do comércio de cigarros em embalagem com vinte unidades — RTJ 160/140).

Como observou Celso Antônio Bandeira de Mello — a atuação da Administração, no exercício da discricção obedece a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, segundo o senso normal de pessoas equilibradas. Uma providência administrativa desarrazoada não estará conforme à finalidade da lei. Já a proporcionalidade leva a conduta administrativa com a adesão ao espírito da lei, à finalidade (*Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., pg. 66).

Perelman, após lembrar a célebre passagem de Luís Recaséns Siches, a lógica do razoável, acentua que o desarrazoado não pode ser admitido, e conclui:

“O que é essencial é que, num Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto, inaceitável” (Chaim Perelman — *Ética e Direito*, Martins Fontes, pg. 429).

9. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão avançando sobre outros ramos, além do administrativo, inerente ao discricionário (José Alfredo de Oliveira Baracho — “Teoria Geral do Princípio da Proporcionalidade”, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, 15/95). Chegaremos, então, à máxima legalidade, fraternidade e proporcionalidade.