



V. APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS CONCEITUAIS: “PROPORCIONALIDADE” E “RAZOABILIDADE” NO ÂMBITO STF

94

V.CONCEPTUAL APPROXIMATIONS AND DISTANCES: “PROPORTIONALITY” AND “REASONABLENESS” IN THE CONTEXT OF THE STF

Luana Ferrer Amorim¹
Walter Lucas Ikeda²

Recebido em:	22.11.2024
Aprovado em:	14.11.2024

RESUMO: Frequentemente são mencionados os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade isonomicamente. Dessa forma, o problema de pesquisa deste trabalho é: em que medida pode-se diferenciar tais princípios? A hipótese inicial é que esses conceitos são usados indevidamente como sinônimos. Assim, o objetivo geral desse trabalho é analisar a diferença entre os trechos citados no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Os específicos são: a) analisar a estrutura da proporcionalidade e da razoabilidade; e b) analisar o tratamento da distinção conceitual na órbita do STF. O principal referencial teórico do trabalho é a análise conceitual de Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila. A pesquisa é hipotético-dedutiva, com fontes essencialmente bibliográficas, baseado na metodologia de pesquisa qualitativa com abordagem indutiva, que busca analisar alguns estudos sobre os trechos citados. Ao final, verifica-se que a razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade, de modo que ostentam características, finalidades e origens diferentes, tornando seu estudo justificado.

PALAVRAS-CHAVE: Proporcionalidade e razoabilidade; Virgílio Afonso da Silva. Regra *versus* princípio; Supremo Tribunal Federal; Direito Constitucional.

ABSTRACT: The concepts of proportionality and reasonableness are often mentioned synonymously. Thus, the research problem of this paper is: to what extent can such principles be differentiated? The

¹ Acadêmica do 02º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Maringá - CESPAR

² Doutor em Direito pela Universidade Cesumar (Bolsista PROSUP/CAPES), com estágio de Pós-doutorado (em andamento) em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Bolsista PDPG/CAPES). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar. Pós-graduado em Direito Civil, Processual e do Trabalho pela PUC/PR. Pós-graduado em Docência no Ensino Superior, Teologia e MBA em gestão de negócios pela Uniasselvi. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Graduando em Filosofia pela Universidade Cesumar. Autor do livro "Direitos da personalidade e alteridade: uma leitura a partir de Emmanuel Lévinas". Revisor de periódicos acadêmicos. Membro do corpo editorial da Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro - RECONTO. Ex-secretário da comissão OAB na escola, Subseção de Maringá/PR. Professor no curso de Direito no Centro Universitário Metropolitano de Maringá (UNIFAMMA), Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR) e Faculdades Maringá. Advogado no escritório MolinaFunai. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8656706806234500>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6079-7109>.



initial hypothesis is that these concepts are improperly used as synonyms. Thus, the general objective of this paper is to analyze the difference between the excerpts cited within the scope of the Brazilian Federal Supreme Court (STF). The specific ones are: a) to analyze the structure of proportionality and reasonableness; and b) to analyze the treatment of the conceptual distinction in the STF's. The main theoretical reference of the paper is the conceptual analysis of Virgílio Afonso da Silva and Humberto Ávila. The research is hypothetical-deductive, with essentially bibliographical sources, based on the qualitative research methodology with an inductive approach, which seeks to analyze some studies on the cited excerpts. In the end, it appears that reasonableness cannot be confused with proportionality, so that they have different characteristics, purposes and origins, making their study justified.

KEYWORDS: Proportionality and reasonableness; Virgílio Afonso da Silva. Rule versus principle; Supreme Federal Court; Constitutional Law.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe-se a analisar uma temática que vem ganhando destaque e fomentado o interesse da doutrina brasileira, a qual diz respeito da diferença entre os termos “proporcional” e “razoável”. Isso porque, mesmo que eles sejam usados em situações diversas, continuam sendo tratados como meros sinônimos. Desse modo, esse artigo possui a pretensão de analisar a “regra da proporcionalidade” e seus efeitos no âmbito legislativo.

A justificativa acadêmica e jurídica do trabalho decorre de tais termos serem muito utilizados no Direito Constitucional e nas decisões do Supremo e dos Tribunais Superiores e, apesar de possuírem áreas colidentes, têm finalidades não semelhantes. Nesse viés, o “princípio da razoabilidade” e a “regra da proporcionalidade” visam controlar as atividades jurídicas e legislativas, com o objetivo de garantir que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam resguardados, entretanto, o primeiro funciona para impor a coerência no sistema, já o outro, impede que o Governo prejudique os direitos dos cidadãos de forma desnecessária. A motivação social da pesquisa decorre da necessidade de que tais termos sejam mais bem contornados, na medida em que as decisões do STF muitas vezes analisam a colisão de princípios, de modo a afetar toda a sociedade. Vale dizer, trata-se de uma questão de cidadania que as regras do jogo sejam claras e conhecidas para todos.

Nessa linha de pensamento, o problema de pesquisa que orienta esse artigo é: em que medida pode-se diferenciar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade? A hipótese



inicial é que tais conceitos são usados indevidamente como sinônimos na esfera do Supremo Tribunal Federal.

Essa pesquisa tem como objetivo geral discutir a diferença desses termos, exibindo a divergência terminológica ligada ao conceito de “princípio” e “regra”, comprovar que eles não devem ser utilizados como sinônimos e como esse defeito atinge o Supremo Tribunal Federal, expor uma definição aprofundada sobre a “regra da proporcionalidade” e seus elementos, por fim, fundamentar esse regulamento no direito positivo brasileiro. Os específicos são: a) analisar a estrutura da proporcionalidade e da razoabilidade; b) analisar o tratamento da distinção conceitual na órbita do STF.

Outro ponto que se pretende tratar é a importância desse afastamento entre as expressões, já que essa aplicação imprecisa e indiscriminada permite que as garantias essenciais da população sejam lesadas. Desse modo, se os indivíduos não possuem a certeza do significado desses termos, a insegurança jurídica é instaurada, pois as decisões que são pautadas nesses ideais serão sustentadas por conceitos vazios e banalizados, comprometendo a jurisdição brasileira na perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

A pesquisa vale-se da metodologia hipotético-dedutiva, com fontes essencialmente bibliográficas, usando-se a forma qualitativa com abordagem indutiva, que busca analisar alguns estudos sobre os termos objeto desta pesquisa. Além disso, também se vale do método monográfico, na medida em que foca sua análise em objeto específico.

Dessa maneira, o trabalho é estruturado em duas seções de desenvolvimento, que espelham os objetivos específicos. Assim, a primeira seção de desenvolvimento, intitulada *Divergência entre os excertos: proporcionalidade e razoabilidade*, visa o desenvolvimento conceitual com base na análise de Virgílio Afonso da Silva é alinhada com uma perspectiva social de democracia participativa, que visa a exposição das regras do jogo das decisões judiciais que se valem de tais conceitos. Doravante a segunda e derradeira seção de desenvolvimento, intitulada *“Proporcionalidade, ponderação de princípios e razoabilidade no projeto do novo CPC à luz da teoria de Robert Alexy”*, tem como objetivo a análise de alguns casos em que foram usados os termos citados e de que maneira eles atingiram o órgão supremo.



2 DIVERGÊNCIA ENTRE OS TERMOS PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Contemporaneamente muitas decisões dos tribunais brasileiros tem se baseado em princípios. Tal movimento representa o que muitos chamam de pós-positivismo, que, em síntese, indicaria uma valorização dos princípios de uma nova ordem valores. Todavia, tais princípios são normas, com norma primária (descrição de conduta) e norma secundária (consequência jurídica) de tal modo que não devem ficar à arbitrariedade do julgador, mas ser aplicado com técnica e métodos jurídicos. Dessa maneira, a pesquisa cinge-se, no método monográfico, á análise da proporcionalidade e razoabilidade.

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo [...] inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito (Barroso, 2006, p. 27-28).

No texto de Virgílio Afonso da Silva (2002), é analisada a “regra da proporcionalidade”, constatando sua origem, definição, objetivo e desmistificando a similaridade desse termo com o da “razoabilidade”. Sendo assim, é por meio desses quesitos que o presente artigo observará esse preceito e o contextualizará, exibindo sua importância, o porquê ele não deve ser tratado como um mero sinônimo de outro conceito e sua importância dentro dos órgãos supremos.



Primeiramente, a regra da proporcionalidade pode ser entendida como “a restrição às restrições”. Nesse sentido, é uma ordem de interpretação e aplicação do direito empregada em casos, os quais um ato estatal, que deveria promover os direitos fundamentais, restringe-os. Desse modo, esse preceito tem dois objetivos: i) impedir que essa limitação estatal seja desproporcional, garantindo que os privilégios essenciais da população sejam preservados; e ii) instrumento contra a omissão/ ação insuficiente dos poderes estatais.

Dentro desse conceito existem as “sub-regras”, as quais são os exames que as ações governamentais devem passar antes de serem aprovados, a fim de analisar se eles não estão comprometendo nenhum direito dos cidadãos. Para que essas atitudes sejam concretizadas, elas precisam estar de acordo com as sub-ordens, que necessariamente devem seguir a seguinte ordem, de: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação visa analisar se tal demanda pode ser resolvida pela proporcionalidade, ou seja, se ela é adequada para a solução do conflito. A necessidade tem o escopo de verificar se não há outro meio de solução do conflito que não seja a proporcionalidade, ou seja, se realmente é necessária sua aplicação. Por derradeiro, a proporcionalidade em sentido estrito debruça-se sobre o equilíbrio de vantagens e desvantagens com a aplicação da proporcionalidade, ou seja, sua aplicação deve, necessariamente, gerar um resultado positivo. Pontua-se que tal análise ocorre de forma escalonada, ou seja, se, hipoteticamente, observar-se que não há adequação, os demais itens ficam prejudicados e não se aplica a regra da proporcionalidade.

Ademais, há um segundo ponto que merece destaque nesse tópico: a diferença entre princípio e regra. Esses dois termos são bastante utilizados para determinar conceitos semelhantes ou até iguais, porém eles não são sinônimos e essa divergência permite entender a função de cada um e como eles são aplicados no sistema jurídico. Para realizar essa análise, apoiar-se-á no projeto “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Robert Alexy (1994), autor que desmembra esses conceitos e explica suas assimetrias, permitindo um melhor entendimento sobre esse tema.

Segundo Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, a norma deve ser realizada na maior medida possível, dentro das limitações jurídicas e fáticas. Nesse



sentido, os demais ordenamentos precisam garantir que esses sejam cumpridos e necessitam se basear neles, com o objetivo de que essa máxima seja respeitada e não sofra de precarizações desnecessárias. Dessa forma, tal primórdio rege normas de *prima facie* e não definitivas, isto é, elas são a primeira base a ser considerada, mas podem precisar de interpretações que se adaptem conforme o contexto, pois não cobre todas as situações possíveis de forma absoluta; o princípio consegue ser cumprido em diferentes graus e suas medidas dependem de possibilidades reais e jurídicas, ou seja, a aplicação desse carece de um caso concreto, para que possa haver sua aplicação. Como última característica, aponta-se que existe a possibilidade desses mandamentos de otimização conflitarem entre si, a maneira de resolver essa situação é por meio da ponderação, assim, aquele que for de maior “peso” prevalece sobre o outro. Conforme o autor (1994, p. 117):

O Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio - P2 - exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. Nesse sentido, P não exige que se escolha M1 em vez de M2, nem que se escolha M2 em vez de M1. Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades táticas, e sob a condição de que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas.

O autor acrescenta que o significado de regra dar-se-á por deveres definitivos que são aplicados por meio de subsunção. Nesse viés, quando há colisão entre esses preceitos, deve-se analisar três quesitos: a cronologia, a hierarquia e a especialidade de cada regra, por isso, entende-se que esse problema entre normas precisa ser resolvido por meio subordinação. Desse modo, elas são determinações definitivas, estando presentes em rol taxativos, os quais as exibem claramente em certos artigos. Portanto, esses deveres são analisados pelo âmbito



fático – eles são determinantes e geram consequências – e pelo jurídico possível – discussão na esfera jurídica que é pautada por meio de critérios legais.

Sendo assim, Afonso (2002) e Alexy (1994) acreditam que a proporcionalidade é classificada como regra e a razoabilidade como princípio. Essa categorização é explicada, justamente, pelos sub-elementos do primeiro vocábulo, os quais são resolvidos por meio de subsunção, encontrando uma convergência com a conceituação exposta acima. Salienta-se, nesse sentido, que as regras são aplicadas por subsunção, ou seja, no enquadramento do caso concreto à regra prevista, sendo que o eventual conflito entre regras fica sob a situação do “tudo ou nada” (Dworkin, 2007), assim, aplica-se a regra integralmente ou não a aplica de forma alguma. Os critérios para solução de conflito entre regras é o critério hierárquico (norma superior prevalece sob a inferior); critério cronológico (norma posterior prevalece sob a anterior) e o critério de especialidade (norma especial prevalece sob a geral). De outro lado, os princípios são resolvidos pela dimensão do peso.

Em segundo lugar, o “proporcional” e o “razoável” possuem sentidos jurídicos assimétricos, mesmo que os dois controlem as atividades governamentais, as maneiras de realizar isso são diferentes. Dessa forma, Humberto Ávila (2004) aponta que exibir essa divergência é importante, pois é uma forma de fundamentar as decisões judiciais e garantir que elas estejam de acordo com a norma constitucional. Assim, o pesquisador traz que a regra é procedimental e exige análise detalhada para fornecer um veredito, já o princípio é predominante no sistema estadunidense, baseia-se no senso comum e não é tão minucioso quanto o outro. Outro ponto que esclarece essa disparidade é a origem dos termos, pois a razoabilidade “surgiu” em 1948, no teste de *Wednesbury*, o qual implicava a rejeição de atos excepcionalmente irrazoáveis. Já a proporcionalidade teve sua identidade formada após a adoção dos Direitos Humanos, sendo desenvolvida no âmbito jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão.

Ávila (2004) destaca quatro dimensões da razoabilidade. A primeira exige a harmonização da norma geral com os casos individuais, visando aplicar a interpretação das normas conforme a presunção daquilo que normalmente acontece. A segunda dimensão indica que a harmonização das normas deve observar as suas condições externas de aplicação, ou



seja, exige uma causa real justificante para a adoção de qualquer medida. A terceira dimensão estabelece que a razoabilidade tenha uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. A derradeira dimensão indica que a razoabilidade exige uma relação de coerência lógica tanto interna como externa, ou seja, respectivamente, com entre as normas jurídicas e com as circunstâncias necessárias a sua aplicação. De toda maneira, o autor sintetiza que:

Dentre todos esses significados, importa para o caso em pauta um deles: a exigência de relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Qualquer ato proveniente do Poder Executivo ou do Poder Legislativo que não leve em consideração a relação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, viola o postulado da razoabilidade por desprezar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal. Num Estado Democrático de Direito não é tolerável o exercício do poder de forma excludente, desarrazoada, incoerente ou arbitrária (Ávila, 2004, p. 371).

Ainda, aparentemente, o ponto mais relevante para se afastar a razoabilidade da proporcionalidade, é que no caso do primeiro, não há um conflito entre princípios constitucionais. Assim, não há a aplicação das subregras da proporcionalidade no campo da razoabilidade. Assim, na aplicação da razoabilidade, há um juízo de equivalência, ou seja, se o meio para o fim não é insuficiente ou excessivo, como no caso de aplicação de uma multa, em que “o aplicador precisa tão-só investigar utilizando o exemplo da imposição de uma multa - se o montante da multa guarda relação de equivalência com a gravidade do comportamento que se quer punir, não se avaliando nem a proporcionalidade nem a excessividade” (Ávila, 2004, p. 372).

Dessa forma, considerando a diferenciação estrutural que foi analisada entre proporcionalidade e razoabilidade, pode-se observar que a discussão e análise dos termos é necessária. Isso porque, a falta de clareza desses gera aplicação indiscriminada, prejudicando a fundamentação das decisões judiciais pautadas nessas definições, que não são sinônimos. Nesse sentido, a doutrina e a jurisdição exploram tais excertos, porém não os conceituam e nem explicam suas funções, o que gera insegurança jurídica e margem para o afastamento de



direitos fundamentais, lesionando a própria sociedade e os mandamentos constitucionais. Assim, torna-se evidente que os cidadãos conheçam profundamente a função da proporcionalidade, uma vez que ela cuida das imunidades deles e sem ela, essas garantias serão perturbadas, visando o cumprimento de um projeto político democrático.

Nesses termos, considerando a exposição das diferenças entre os termos da proporcionalidade e da razoabilidade, evidenciando-se seu liame democrático, passa-se na próxima seção à análise de trechos de julgados no âmbito do STF e sua aplicação conforme ou não a exposição teórica feita nesta seção.

3 TRATAMENTO DA DISTINÇÃO CONCEITUAL NO ÂMBITO DO STF:

Nesse tópico será analisado diversas questões da regra da proporcionalidade no âmbito do STF, como suas sub-regras e aplicabilidades, decisões de Habeas Corpus pautadas nesse conceito, utilizações desse na criação de um novo Código de Processo Civil (CPC) e a observação do vocábulo “proporcional” no artigo 5º da Constituição Federal (CF).

Primeiramente, na obra de Virgílio Afonso (2002), são expostos os elementos da regra da proporcionalidade e suas definições, exibindo casos do STF em que eles foram aplicados. Dessa maneira, o autor afirma que compreender a relação entre esses subtópicos e como utilizá-los é necessário para efetivar a norma principal.

As sub-regras possuem uma ordem de ligação pré-definida: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. Entretanto, a aplicabilidade da regra nem sempre depende da análise dos três subelementos, visto que eles possuem uma relação de subsidiariedade, em outras palavras, se uma situação não for considerada adequada, não será preciso analisar os dois outros tópicos, porque já está comprovado que esse caso é desproporcional. Dessa forma, a necessidade apenas é analisada se passado pelo filtro da adequação e ao mesmo com a proporcionalidade em sentido estrito frente aos elementos que o precedem.

Conforme exposto brevemente na seção anterior, a definição de *adequação* que se considera uma medida estatal adequada, quando contribui para alcançar, ou pelo menos



fomentar o objetivo pretendido. Desse modo, esse termo busca efetivar a pretensão, mesmo que essa não seja completamente cumprida. A conceituação de *necessidade* é: um exame comparativo. Assim, um ato estatal que restringe um direito fundamental apenas é necessário se não houver outra medida que alcance o mesmo objetivo, limitando menos intensamente esse privilégio dos indivíduos. O significado de *proporcionalidade em sentido estrito* é: um exame de ponderação, o qual busca garantir que as restrições dos direitos essenciais sejam justificadas e proporcionais aos objetivos legítimos que se pretendem alcançar.

Para exemplificar cada sub-regra e sua função, Afonso traz a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 9-6, que trata do racionamento de energia. Ele usa essa situação para evidenciar cada subelemento e como eles foram analisados nesse contexto. Assim, uma das medidas governamentais mais questionadas judicialmente foram os artigos 14º e 18º da medida provisória nº 2152-2 e, para sanar esse problema, o Presidente da época, Fernando Henrique Cardoso, propôs a ADC desses trechos, com efeitos vinculantes – outras instâncias judiciais devem respeitar e seguir o precedente estabelecido. O STF concedeu esse requerimento, suspendendo qualquer decisão relacionada à (in)constitucionalidade desses artigos até o julgamento final da ação, uma vez que tais medidas eram proporcionais e razoáveis perante a crise de energia elétrica.

De acordo com o escritor, os artigos 14 e 18 racionalizavam a energia elétrica e aplicavam sanções para quem os descumprisse, e uma das possíveis penas era a suspensão de tal benefício. Naquele momento, questionou-se muito se essa punição era adequada e proporcional, por isso, analisou-se seu objetivo e constatou-se que ela auxiliava a evitar interrupções no fornecimento de energia, pois ela pressionava os consumidores economizarem-na. Portanto, essas medidas foram consideradas adequadas.

Para garantir que tais artigos fossem considerados necessários, era preciso analisar se não havia outras medidas que alcançassem o mesmo objetivo e fossem menos danosas aos direitos dos cidadãos. Dessa forma, é exposto que esse racionamento lesou vários privilégios, como: a) restrição ao acesso de um serviço público de primeira instância; b) igualdade; c) direito ao trabalho. Após isso, foi dado diversas maneiras de economizar a energia elétrica



que eram menos limitadoras do que a adotada pela Constituição. Sendo assim, as normas 14º e 18º foram consideradas adequadas, porém desnecessárias.

Virgílio Afonso aponta que a proporcionalidade em sentido estrito não precisa ser analisada nesse exemplo, uma vez que ele já não cumpre o segundo sub-elemento. Desse modo, como eles possuem o critério de subsidiariedade, não foi analisado se esses artigos se encaixavam nessa regra. Entretanto, para explicar a última sub-regra, o professor de Direito Constitucional, traz a seguinte analogia: Para evitar a disseminação da AIDS, o Estado exige que todos façam o exame e que os positivados sejam apreendidos. Esse método é adequado e necessário, pois cumpre o objetivo da maneira mais eficaz. A proporcionalidade em sentido estrito é justamente o que impede que essa situação ocorra, já que não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana, ainda que isso proporcione uma menor proteção da saúde pública.

Para complementar o exemplo exposto, que se trata de aplicação correta da proporcionalidade, apresentam-se exemplos em que há preenchimento dos filtros das subregras, afastando, portanto, a aplicação da ponderação. Nesse sentido, Ávila (2004) analisa que no mandado de segurança nº 13.140, o STF declarou inconstitucional lei que determinava que as empresas transportadoras de botijões de gás deveriam possuir, em todos os veículos, balança especial aprovada pelo órgão competente. Todavia, a balança talvez não fosse adequada para a pesagem em unidade de massa (filtro da adequação), também seria desnecessária, pois a fiscalização por amostragem seria menos restritiva, bem como seria medida prejudicial (proporcionalidade em sentido estrito), já que aumentaria o preço do botijão, tendo em vista os custos adicionais do serviço.

Ademais, apenas para que fique pontuada a diferença da proporcionalidade com a razoabilidade em situações expostas como exemplos de aplicação, a partir de Ávila (2004) passa-se a expor algumas situações de razoabilidade. Pontua-se que será exposto um exemplo de cada dimensão da razoabilidade, expostas na seção de desenvolvimento anterior, remetendo-se à ela para estes fins. Um caso de harmonização da norma geral com os casos individuais foi o que o Supremo Tribunal Federal considerou irrazoável presumir a falta de procuração quando um procurador do Estado apresenta defesa escrita em papel timbrado da



procuradoria. Um exemplo da segunda dimensão, harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação, remete-se à decisão que o STF considerou irrazoável lei que instituiu adicional de férias de um terço para os servidores inativos, tendo em vista que eles não tem férias. Um caso de irrazoabilidade de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, é o que o STF considerou irrazoável a criação de taxa judiciária de percentual fixo, o que não permitiria aferir a equivalência do serviço prestado, bem como poderia impedir o acesso ao Judiciário. Um caso de excesso da derradeira dimensão, a razoabilidade exige uma relação de coerência lógica, ocorreu pela irrazoabilidade de uma lei municipal que estabelece uma obrigação para um sujeito e direciona a punição para outro, o que causa uma contradição com as próprias bases do sistema jurídico nacional.

Outro ponto exposto na obra de Silva (2002) é que a jurisprudência usa a regra da proporcionalidade de forma superficial e retórica, não contribuindo à discussão de seu uso. Para exemplificar, o autor aponta o caso de Habeas Corpus 76060-4, o qual menciona o conceito de proporção, porém não o aprofunda, limitando-se apenas a citá-lo. Decisão do Tribunal sobre o HC citado:

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.

Nesse sentido também incide as críticas de Streck (2012) ao excessivo uso de princípios. O autor pondera que a expansão conceitual dos princípios sem um rigor metodológico e conceitual pode gerar uma criação incessável de princípios aptos a resolver ou corrigir todos os casos, de modo que todos decorreriam de uma posituação dos valores, a partir de um Estado Democrático de Direito. A omissão de cuidados metodológicos necessários com os princípios podem velar a pretensão retórico-corretiva, que se fundamenta com tautologia. O pensador utiliza os seguintes exemplos de princípios criticáveis:



Podem ser citados: princípio da simetria (menos um princípio de validade geral e mais um mecanismo ad hoc de resolução de controvérsias que tratam da discussão de competências); princípio da precaução (nada mais, nada menos que a institucionalização de uma tautologia jurídica; afinal, por que a “precaução” – que poderíamos derivar da velha prudência – seria um “princípio?”); princípio da não surpresa (não passa de um enunciado com pretensões performativas, sem qualquer normatividade; de que forma uma demanda é resolvida utilizando o princípio da não surpresa?); princípio da confiança (trata-se, nada mais, nada menos, do que a possibilidade de o direito manter a sua força deontológica, o que, registre-se, é muito bom; mas a historicidade do direito já não demanda essa compreensão do intérprete?); princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente (interessante nesse standard retórico é a expressão “absoluta”); princípio da afetividade (esse *prêt-à-porter* nada mais faz do que escancarar a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais; daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da “afetividade” essa dimensão normativa?); princípio do processo tempestivo (mais uma amostra de uma “principiologia” ad hoc e sem limites, que confunde meros argumentos ou pontos de vista com princípios jurídicos) [...] (Streck, 2012, p. 9).

Tal crítica visa alertar a necessidade da comunidade jurídica e de toda a sociedade atentar para as “regras do jogo”. Por essa razão, é feita uma crítica ao “raciocínio constitucional” sobre o conceito da regra da proporcionalidade. Segundo Silva (2002), o pensamento é resumido da seguinte forma: a constituição consagra a regra da proporcionalidade; o ato questionado não respeita essa exigência; o ato questionado é inconstitucional. Desse modo, comprova-se que a jurisprudência do STF não se aprofunda nesse termo e não explica sua importância, limitando-se apenas a citá-lo para consagrar as decisões.

Nesse sentido é importante destacar que a teoria dos princípios pode aproximar-se da teoria dos valores, mas com ela não se confunde. Segundo Alexy (1994), pode-se afirmar que a realização gradual dos princípios implica na realização gradual dos valores, mas tais termos integram classes diferentes, pois os princípios fazem parte do dever-ser e os valores dos conceitos axiológicos. Nestes termos, para o autor, a diferença entre princípios e valores é que o primeiro expressa o que é devido no campo do dever-ser e o outro indica o que é melhor, de modo que é desejável a aproximação entre eles, mas não podem se confundir.



Aquilo que, no modelo de valores, é primafacie o melhor é, no modelo de princípios, primafacie devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo (Alexy, 1994, p. 151).

Com base em tais premissas, oportuno retomar a diferença entre direito positivo e direito natural, que de certa forma representa essa relação entre axiológica e dever-ser. o positivismo jurídico emerge como movimento que promove a exclusão do direito natural como direito em sentido próprio. Nesse aspecto, o próprio Kelsen (1995) já indicou as diversas dificuldades de se aceitar o direito natural como norma jurídica, especialmente pela sua dificuldade de determinação, aproximando-se muito mais de uma classe de legitimidade do que de validação.

Tabela 1 – Síntese Direito Natural e Direito Positivo³

Critério	Direito Natural	Direito Positivo
Local	Universal	Limitado territorialmente
Mutabilidade	Imutável	Alterável
Fonte	Natureza	Vontade
Conhecimento	Razão	Promulgação
Comportamento	Bom ou mau	Indiferente
Valor	Bom	Útil

Fonte: Ikeda; Teixeira, 2023

³ Pode-se distinguir o direito positivo do direito natural pelos seguintes critérios orientadores: a) o direito natural é válido em todos os lugares, baseado na universalidade, e o positivo apenas em alguns lugares, fundado na particularidade; b) quanto à mutabilidade, o direito natural não muda com o tempo, resguardado as posições diversas, apenas o positivo é alterado; c) a fonte do direito natural é a natureza, enquanto o positivo tem como fonte a vontade humana; d) quanto ao conhecimento, o natural decorre da razão, enquanto o positivo decorre de declaração de vontade alheia, a promulgação; e) no que toca ao comportamento, o direito natural pode ser bom ou mau, e os positivos são indiferentes em si; e f) sobre a valorização das ações, o direito natural estabelece o que é bom, já o positivo estabelece o que é útil. Conforme BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.**



Ademais, o artigo “Proporcionalidade, ponderação de princípios e razoabilidade no projeto do novo CPC à luz da teoria de Robert Alexy” de Dalton Santos Morais, aponta que na proposta legislativa à produção desse novo código está presente os conceitos de proporcional e razoável, alegando que eles seriam fundamentais nesse processo. Entretanto, não está claro a aplicabilidade deles, é inexistente a análise aprofundada desses termos, o que pode gerar uma utilização indiscriminada deles no processo civil, permitindo o afastamento de direitos fundamentais. Nesse sentido, é alegado que há intenção de regular esses excertos, porém as propostas não mostram claramente como isso será feito e nem a base que fundamenta o uso deles.

Essa mesma obra afirma que tais termos são amplamente comentados na doutrina e na jurisdição, mas ainda carecem de uma definição teórica precisa. Ainda, exhibe-se que, na maioria das vezes, quando ocorre a colisão de direitos fundamentais, falta coerência argumentativa na justificativa da escolha da garantia que prevaleceu. Assim, é criticado esse descuido com a aplicação desses vocábulos, pois eles interferem diretamente nos direitos fundamentais, e se forem usados da forma incorreta, podem comprometer esses privilégios essenciais que não deveriam ser privados a população.

O último ponto apresentado nesse tópico é a verificação da proporcionalidade no artigo 5º da CF. Nesse viés, Silva (2002) defende que a tese dessa regra está integrada ao direito positivo brasileiro através do segundo parágrafo do artigo citado:

§ 2º 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.

Na última análise de sua obra, Silva (2002) expõe que os direitos fundamentais são princípios, consequentemente, são mandamentos de otimização. Assim, a regra da proporcionalidade é a maneira de aplicar tais deveres, criando entre eles uma relação de mútua implicação. Essa conexão é percebida pelo subelemento da necessidade:



Qual é a relação entre a otimização diante das possibilidades fáticas e a regra da proporcionalidade? As possibilidades fáticas dizem respeito às medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento e a proteção de direitos fundamentais. Se para o fomento do princípio P1, há duas medidas estatais, M1 e M2, que são igualmente adequadas para esse fim, mas M1 restringe um outro direito fundamental P2, é de se admitir que a otimização desse princípio P2 exija que seja empregada a medida M2. Essa consequência da otimização de P2 em relação às possibilidades fáticas presentes nada mais é do que a já analisada sub-regra da necessidade”. – Virgílio Afonso (2002).

Por essas razões, é possível compreender que a regra da proporcionalidade é de extrema necessidade para aplicar esses mandamentos de otimização, entendendo que a garantia dos princípios só pode ser garantida por meio do primeiro conceito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, o presente trabalho tinha como objetivo a) analisar a estrutura da proporcionalidade e da razoabilidade; e b) analisar o tratamento da distinção conceitual na órbita do STF. Dessa forma, afirma-se que essas questões foram comprovadas ao longo do texto, visto que no primeiro tópico evidenciou-se a definição de cada um dos termos e suas diferenças, exibindo que eles não são sinônimos e possuem diferentes aplicabilidades. Ademais, o segundo tópico analisa a regra da proporcionalidade no âmbito do STF, mostrando suas sub-regras e suas funções, também é ilustrado algumas situações em que esses conceitos foram utilizados pelo Supremo Tribunal e a falta de base teórica nesses casos. Para essas considerações, o principal artigo usado foi o de Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”.

Dessa maneira, pode-se afirmar que os vocábulos citados não são sinônimos, como apontados por muitos outros juristas, pois eles possuem origens, funções e significados divergentes. Ademais, acredita-se na necessidade de conhecê-los profundamente e de disseminar essa compreensão, pois eles atingem uma área muito importante do Direito e é preciso que toda a sociedade tenha esse entendimento.



Devido a todos os argumentos expostos, comprova-se que essa distinção entre os termos e o aprofundamento da regra da proporcionalidade é bastante importante, uma vez que esses conceitos se relacionam com a garantia dos direitos fundamentais e sem eles, tais privilégios podem ser muito prejudicados, lesionando a própria população. Assim, é necessário que os cidadãos compreendam a função de tal regra e princípio, a fim de que eles entendam como utilizá-los, para não permitir que ações estatais afastem seus direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Local: Editora, 1994

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, 1999. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/47313/45714/94245>. Acesso em: 23 set. 2024

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de direito administrativo*, **Rio de Janeiro**, v. 236, p. 369-384, 2004. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45034/45001>. Acesso em: 14 nov. 2024.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

IKEDA, Walter Lucas; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Direitos da personalidade: natureza jurídica, positivismo jurídico e democracia. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 37, n. 3, p. 173-201, 2023. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/14957/114117781>. Acesso em: 14 nov. 2024.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Trad. de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995.



ROCHA, Sara Carvalho da Silva. **Proporcionalidade e razoabilidade: Um confronto de princípios no Direito Administrativo português**. Dissertação (Mestrado em Direito). Católica Faculdade de Direito. Lisboa, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/40123/1/203200080.pdf>. Acesso em: 23 set. 2024.

111

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. A aplicação da máxima da proporcionalidade no STF: um caso. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 193-204, abr. 2013. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74785/aplicacao_maxima_proporcionalidade_sapucaia.pdf. Acesso em: 23 set. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002, p. 23-50. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5109783/mod_resource/content/0/SILVA%2C%20Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da.%20O%20proporcional%20e%20o%20razo%C3%A1vel.pdf. Acesso em: 23 set. 2024

STRECK, Luiz Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p. 1-15, 2012. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/194/ril_v49_n194_p7.pdf/@download/file/ril_v49_n194_p7.pdf. Acesso em: 14 nov. 2024.