

---

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITADOR DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

### THE BEGINNING OF THE PROPORTIONALITY AS LIMIT FOR THE STATE ADMINISTRATOR POWER DO DECIDE

*Mário Henrique Malaquias da Silva<sup>1</sup>*

**RESUMO:** A discricionariedade é estudada aqui sob a ótica do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, onde o dever discricionário, outorgado pela lei ao administrador, possui uma margem reduzida à vista do princípio da proporcionalidade. Neste contexto, o administrador, ao realizar um juízo de conviência e oportunidade da medida, deverá observar simultaneamente os elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que compõem o princípio da proporcionalidade. Logo, a interpretação dos conceitos indeterminados ou plurisignificativos contidos na norma não estão ao alvedrio do administrador em face dos direitos individuais. Nessa diretriz, não basta a mera busca do interesse público contido na norma, mas o equilíbrio entre esta finalidade e os direitos individuais consagrados no bojo da Constituição da República de 1988.

**Palavra-Chave:** Discricionariedade Administrativa; Controle Jurisdicional; Proporcionalidade.

**ABSTRACT:** The power to decide in public matter is studied here under the optics of the new constitutionalism after positivism, where the discretionary duties, granted by the administration law, possess a reduced edge taking in mind the Proportionality Principle. In this context, the administrator, when carrying through a judgment of convenience and chance of the measure, will have to observe the elements simultaneously (adequacy, necessity and proportionality in strict direction), that they compose the proportionality principle. Soon, the interpretation of the indeterminate mean concepts in the norm is not the administrator competence in face of the individual rights. It's not only the search for the public interest consecrated in the norm, but balance between the purpose of the norm and the individual rights present in the Constitution of the Republic of 1988.

**Palavra-Chave:** Power to decide by the State Administrator; Juridical Control; Proportionality.

## INTRODUÇÃO

É crescente a gama de autores que se tem dedicado a escrever sobre o tema discricionariedade e possibilidade de controle do ato pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, diversas teorias já foram construídas, como a teoria dos elemen-

---

<sup>1</sup> Pos-graduado da especialização lato sensu em Direito do Estado na Universidade Estadual de Londrina (UEL), 2009.

tos do ato administrativo, teoria do desvio de poder e teoria dos motivos determinantes.

As formas de controle do ato administrativo discricionário é tema fundamental e muito debatido nas cátedras, notadamente no estudo do princípio da proporcionalidade como balizador das condutas públicas, possibilitando ao administrador a escolha da medida não mais que ótima.

O dever discricionário trata-se de uma margem relativa de liberdade concedida pela lei ao administrador para que, diante de situações específicas, possa fazer um juízo de oportunidade e conveniência, formulando a medida que mais atenda à finalidade legal, qual seja o interesse público.

Entretanto, com a ascensão do novo direito constitucional, sob influência pós-positivista e com a concretização do Estado Democrático de Direito a discricionariedade passa a ser entendida de outra forma com menos liberdade.

Logo os conceitos indeterminados ou plurissignificativos contidos na norma não são completados ao alvedrio do administrador em face de direitos e garantias individuais dos administrados. Some-se a isso a inafastabilidade da jurisdição, princípio expresso em nossa Constituição da República de 1988, o qual preleciona que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nesse diapasão, com a crescente reaproximação entre Direito e ética, o que acomoda a busca por soluções justas é que surge o princípio da proporcionalidade proporcionando uma atuação administrativa que ponha em equilíbrio os direitos individuais dos administrados com a finalidade legal. Ademais, o dever discricionário deve estar em harmonia com os princípios expressos ou implicitamente consagrados no bojo da nossa Lei Mãe.

## **PRINCÍPIOS E REGRAS**

Princípios são as diretrizes e os meios a serem observados ou seguidos para atingir otimamente os fins legais, pois contêm um grande número de soluções exigidas pela realidade. São os pilares que sustentam todo sistema normativo. “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência” (CRETELLA JUNIOR, 1999, p. 35).

Robert Alexy, citado pelo professor Luiz Henrique U. Cademartori (CADEMARTORI, p. 101) tratou do tema. Para ele os princípios são mandados de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Em caso de colisão, há apenas a prevalência de um sobre o outro no caso concreto.

Já para Dworkin (1989, p. 01), os princípios informam as normas comuns ou regras de tal sorte que a literalidade da regra poderá ser desconsiderada pelo julgador quando violar um princípio considerado importante para aquele caso específico em função do seu conteúdo e força argumentativa.

No que tange à violação dos princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina-nos que: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”. Para depois concluir: “É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (2007, p. 923)

No que concerne a diferenciação entre princípios e regras, CANOTILHO (1999, p. 1087-1088.) brilhantemente, sintetiza que:

“Os princípios interessar-nos-ão aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante o condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de DWORKIN: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica de tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)”.

Em face do exposto, conclui-se que os princípios possuem um grau de importância maior em relação às normas positivadas, permitindo uma melhor interpretação do Direito que possa captar a gama de circunstâncias fácticas, dando a elas um resultado mais adequado com a

realidade social.

### **Princípio da proporcionalidade**

Primeiramente vale ressaltar que utilizaremos a proporcionalidade como princípio<sup>2</sup> “*latu sensu*”, visto que somos partidários da doutrina de Alexy (1993. p. 86.), o qual considera que a proporcionalidade não é um princípio, uma vez que “princípios são normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”; são, por conseguinte, mandamentos de otimização. “Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes”, e a proporcionalidade, por sua vez, é aplicada de forma constante e sem variações, não colidindo com outros princípios.

Outra questão refere-se ao uso, muito comum em nossa doutrina, do conceito de “proibição de excesso”<sup>3</sup> como sinônimo de proporcionalidade, todavia, entendemos proporcionalidade como algo além, ou seja, além de vedar o excesso, veda ainda a omissão e a ação insuficiente dos poderes estatais.

Ainda que esse breve esclarecimento não seja suficiente, é o que basta para o presente trabalho. Inovador e de muita utilidade, o princípio da proporcionalidade, apesar de já estar consagrado na via constitucional de diversos países como Alemanha e Portugal, no Brasil ainda se encontra em processo de desenvolvimento.

A Constituição da República de 1988 contemplou uma gama de princípios contidos de forma expressa. No entanto, o princípio da proporcionalidade encontra-se implícito em seu bojo, o que não o deixa em grau de importância menor, uma vez que, eleito pela doutrina, na acepção de Santiago Guerra Filho, que o denominou de “o princípio dos princípios”, razão pela qual cumpre a nós buscarmos seus fundamentos na própria Lei Mãe.

Há uma celeuma doutrinária no que tange a identificação do fundamento do princípio da proporcionalidade.

Autores do quilate de Paulo Bonavides e Santiago Guerra Filho entendem seu fundamento no

<sup>2</sup> Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo “princípio” pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, a exigência de proporcionalidade. Conferir em: DA SILVA, Luis Vergílio Afonso. O proporcional e o razoável. São Paulo: RT 298, 1991, p. 27. Nesse sentido o termo princípio, na expressão princípio da proporcionalidade é empregado com o significado de “disposição fundamental”, e essa é a acepção mais corrente do termo “princípio” na linguagem jurídica pátria. Conferir em: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 15<sup>o</sup> ed. São Paulo. Malheiros, 2002, p. 450; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 95.

<sup>3</sup> Exemplos do uso de ambos os conceitos como sinônimos; Conferir em: CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almeida, 1999, p. 259; MENDES, Gilmar Ferreira. A Proporcionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal federal. Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, n. 23, p. 372.

parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Republicana. Nesse sentido assevera o primeiro autor:

“O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o par. 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição” (BONAVIDES, 2003, p. 436).

Sob a ótica de Heinrich Scholler (2000, p. 233) a justificativa desse princípio encontra-se no princípio do Estado de Direito.

O Supremo Tribunal Federal, erroneamente como veremos adiante, ao utilizar-se do princípio da proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade, já o proclamou como oriundo do substantive due process of law. Gilmar Ferreira Mendes, em artigo publicado, despacho do Ministro Celso de Mello, fundamentado no princípio da proporcionalidade, o qual entende ser uma decorrência do devido processo legal, (1994, p. 469).

Com a devida vênia, cremos que esse princípio surgiu em concomitância com a instituição do Estado Democrático de Direito, prevista no artigo 1º da Constituição da República, significando que o Estado, para atingir seus fins, deve dispor, além dos meios mais adequados e necessários, o menos oneroso para o cidadão. Isso se dá como forma de limitar o abuso de poder e o livre arbítrio no exercício do poder-dever discricionário, conferido ao administrador público pelo legislador constituinte.

Raquel Denize Stumm, enquadrando o princípio da proporcionalidade como um subprincípio do Estado Democrático de Direito, conclui que:

“Em sendo um princípio jurídico geral fundamental, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito a Constituição. No caso brasileiro, apesar de não expresso, ele tem condições de ser exigido em decorrência de sua natureza. Possui uma função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva de obediência ao conteúdo da proporcionalidade, ou seja, “a exigibilidade, a adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de justa medida” (1995, p. 121-122).

Segundo Chade Rezek Neto (2004, p. 47), o princípio da proporcionalidade se destaca

no Direito brasileiro em quatro fases, a saber: princípio jurídico em sentido estrito, princípio no contexto do sistema secundário, princípio genérico e princípio implícito. Como princípio jurídico em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade garante aos cidadãos uma proteção frente aos abusos cometidos pelo administrador público, visto que esse princípio serve de supedâneo para a concretização do Estado Democrático de Direito. A proporcionalidade como princípio no contexto do sistema secundário, se caracteriza como norma limitadora da atividade estatal. Como princípio genérico, caracteriza-se por vincular todos os agentes públicos e, finalizando, como princípio implícito no ordenamento jurídico, pois, como dito alhures, não possui consagração expressa na Lei Maior.

Conclui-se que o princípio da proporcionalidade constitui meio adequado e apto instituído para solucionar conflitos. De um lado limitando e controlando as condutas da Administração Pública, que visam restringir ou aniquilar direitos fundamentais. Por outro lado, diante do caso concreto, servindo de supedâneo ao administrador público na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, para que sua decisão seja não mais que ótima. Nesse contexto, o princípio supracitado auxiliará e dará as diretrizes para que o gestor público sempre busque a finalidade legal em suas decisões, sob pena de ser levada ao crivo do Poder Judiciário toda vez que um direito ou uma garantia fundamental for ameaçada ou violada.

### **Breve histórico**

A idéia de proporcionalidade já havia desde a antiguidade. É freqüente a referência à Aristóteles, na qual a proporcionalidade faz parte do próprio conceito de justiça. Ao definir o princípio da justiça distributiva em sua principal obra sobre ética, denominada de *Ética a Nicômaco*, afirma Gustavo Ferreira Santos ser ele: “a conjunção de entre primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio-termo entre dois extremos desproporcionais, já que proporcional é um meio-termo, e o justo é proporcional” (2004, p. 117).

Segundo Wellington Pacheco Barros (2006, p. 29), a origem desse princípio remonta aos séculos XVII e XVIII, quando na Inglaterra surgiram as teorias jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanescentes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado, e por isso estaria o soberano obrigado a respeitá-los.

É durante a passagem do absolutismo na Europa, onde o soberano possuía poderes ilimitados, para o Estado de Direito, que verificou-se a necessidade da aplicação do princípio da proporcio-

nalidade, visando limitar a interferência do Estado na esfera privada.

A Magna Carta inglesa de 1215, a qual foi um marco histórico, em seu artigo 39,<sup>4</sup> estabelecia que o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito. Essa espécie de contrato entre a Coroa e os senhores feudais é a origem da Bill of Rights, de 1689, onde então adquirem força de lei os direitos frente à Coroa, estendidos aos súditos em conjunto.<sup>5</sup>

Todavia, a consagração desse princípio na seara constitucional se deu através das revoluções burguesas do séc. XVIII e sobremaneira do pensamento iluminista.

Segundo Rezek Neto (2004, p. 17), a aplicação da proporcionalidade como limitador da discricionariedade e abusos cometidos pelo Estado em face dos direitos fundamentais na Alemanha, decorreu dos transtornos enfrentados pelo povo alemão, em virtude da experiência sentida na era Hitler, revelando a fragilidade da Constituição de Weimar de 1919.

Necessário ressaltar que o princípio da proporcionalidade ganhou reconhecimento e aplicabilidade com a Constituição Alemã de 1949, tendo esse país juntamente com o direito norte-americano influenciado o Direito Brasileiro.

Assim, o princípio da proporcionalidade destacou-se por ter se desenvolvido na seara do direito administrativo, notadamente no âmbito do poder de polícia. Atualmente, sem dúvida, trata-se de um princípio de hierarquia constitucional, limitador de condutas desarrazoadas dos poderes legislativo e executivo, no exercício da discricionariedade.

### **Proporcionalidade e razoabilidade**

O princípio da proporcionalidade, ainda é muito confundido pela nossa doutrina e jurisprudência, as quais o denotam como sinônimo de razoabilidade.

Autores do quilate de Maria Silvia Zanela Di Pietro<sup>6</sup> e Luis Roberto Barroso<sup>7</sup> ainda entendem razoabilidade e proporcionalidade com um sentido unívoco.

<sup>4</sup> Magna Carta de 1215. Artigo 39: “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.” Significava que o rei deveria julgar os indivíduos conforme a lei, seguindo o devido processo legal, e não segundo a sua vontade, até então absoluta.

<sup>5</sup> GUERRAFILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm](http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto347.htm). Acesso em 24/10/2008.

<sup>6</sup> “Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, dentre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins de que ela tem que alcançar”. Conferir em: DIPIETRO, Maria Silvia Zanela. Direito Administrativo, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 81.

<sup>7</sup> “É digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira”. Conferir em: BARROSO, Luis Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998): p. 69.

Nessa mesma linha, Suzana de Toledo Barros iguala ambos os conceitos, nos seguintes termos: “O princípio da proporcionalidade, (...) como uma construção dogmática dos alemães corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos” (1996, p. 57)

O Supremo Tribunal Federal, como veremos em breve, tende a confundir em seus julgados os princípios da proporcionalidade com o da razoabilidade admitindo-os como termos fungíveis. Em inúmeras decisões, sempre com o objetivo de afastar alguma conduta considerada arbitrária recorre-se a formula “Á luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade”, o ato deve ser considerado inconstitucional.<sup>8</sup>

Porém a doutrina mais moderna, da qual nos respaldamos, entende que estas expressões não se confundem. Nesse sentido Humberto B. Ávila (1999, p. 173) preleciona que pode-se admitir que ambos tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais que do necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.

Nesse diapasão, Luis Vergílio Afonso da Silva remontando a origem da proporcionalidade ensina-nos que:

“A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade” (1991, p. 30).

Logo, o princípio da razoabilidade se assemelha ao princípio da proporcionalidade no que tange à sua finalidade comum, uma vez que visam à proteção dos direitos fundamentais em face de condutas administrativas e legislativas do Poder Público pautadas em conteúdo arbitrário, irrazoável e desproporcional.

Nessa diretriz, Alexandre de Moraes prescreve que:

---

<sup>8</sup> Nesse sentido conferir: RTJ 167.92 (94): RTJ 169.630 (632): RTJ 152.455.



“O que se exige do Poder Público, portanto, é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas e legislativas, bem como na aplicação de medidas restritivas e sancionadoras; estão, pois, absolutamente interligados, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade” (2006, p. 96).

O princípio da razoabilidade utiliza-se do meio-termo aristotélico, que, conforme Kelsen, é norma de justiça, ou seja: “Como norma referida ao modo de tratar os homens, surge também o preceito geral do comedimento, a idéia de que a conduta reta consiste em não exagerar para um de mais nem para um de menos, em manter, portanto, o ‘áureo’ meio-termo” (2006, p. 98).

Interessante observação no tocante a importância do princípio da razoabilidade faz Gordillo (1977, p. 183). O jurista argentino aponta que a decisão discricionária do Poder Público será sempre ilegítima, desde que irracional, mesmo que não viole explicitamente norma concreta e expressa.

Aprofundando no assunto, Humberto Ávila (2003, p. 94-95) destaca três acepções, diretrizes de razoabilidade:

“A razoabilidade como equidade, quando as circunstâncias do fato estão consideradas dentro da normalidade; como congruência, devendo haver uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência; como equivalência, onde a razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”.

Não obstante o princípio da razoabilidade estar expresso em algumas Constituições Estaduais como, por exemplo, a do Estado do Paraná, em seu artigo 27<sup>9</sup> (Emenda Const. nº 11/2001), encontra-se ainda implícito na Constituição Federal de 1988, o que, todavia, não obstaculiza sua aplicação prática, uma vez que possui caráter normativo, assim como o princípio da proporcionalidade.

Conclui-se, portanto, que, embora ainda haja alguma celeuma na doutrina e sobretudo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em colocar a proporcionalidade e a razoabilidade como sinônimos, ficou evidenciado que essa diferença não se restringe apenas às origens desses princípios. Podemos admitir que ambos possuem objetivos semelhantes no controle dos atos administrativos discricionários frente aos direitos dos cidadãos, porém, diante do caso concreto poderá se utilizar de um ou outro critério ou de ambos para solucionar os denominados

<sup>9</sup> “Art. 27: A Administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, eficiência, motivação, economicidade, e também o seguinte:”

“hard cases”.

### **Aplicação jurisprudencial do princípio da proporcionalidade**

O império da lei não é um universo de teorias literais, mas de sentidos extraíveis do choque de textos em face de casos concretos. O Poder Judiciário não pode conferir “privilégios incompatíveis com o sistema implantado pela Constituição Federal de 1988”.<sup>10</sup>

O princípio da proporcionalidade está inserido na estrutura normativa da Constituição de 1988, juntamente com os demais princípios, os quais são balizas que orientam a interpretação das normas.

O princípio da proporcionalidade, juntamente com o da razoabilidade são utilizados para limitar a discricionariedade administrativa desmensurada. Para Luis Henrique U. Cadematori “no que tange ao tratamento jurisprudencial, é crescente a aceitação no Brasil de que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser usados pelo julgador sempre que se deparar com atos discricionários” (CADEMATORI, p. 29)

Reiteradas são as decisões do Supremo Tribunal Federal no tocante ao princípio da proporcionalidade, o que corrobora sua presença na jurisprudência brasileira. Entretanto sua aplicação ainda é pouco estudada devido à tendência positivista e o pensamento civilista lecionado nas cátedras e sobretudo pela contemporaneidade do assunto. A seguir, apresentaremos alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, especialmente sobre matéria de direito público.

Iniciaremos com um julgado do Superior Tribunal de Justiça em sede de mandado de segurança impetrado por empregado público por demissão a bem do serviço público, após processo administrativo disciplinar, onde se verificou a desproporcionalidade da pena aplicada em face da gravidade da falta e do “animus” do impetrante. Vejamos:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PERITO CRIMINAL ESTADUAL. PROCESSO DISCIPLINAR APURATÓRIO. REGULARIDADE. PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DA “INTENÇÃO”. ART. 74, III DA LC 207/79. Tratando-se de autos de mandado de segurança no qual se discute a penalidade aplicada pela Administração após procedimento apuratório disciplinar, é dado ao Poder Judiciário somente analisar a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa; proporcionalidade da penalidade aplicada ou outros aspectos procedimentais. Na espécie, conforme se depreende de todo o apuratório administrativo, não se caracterizou a “intenção” na ineficiência do impetrante para fins de aplicação da penalidade máxima (demissão) contida no art. 74,

---

<sup>10</sup> PAPPEN DA SILVA, Roberta. Algumas considerações sobre o princípio da proporcionalidade. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6198>. Acesso em 19/11/2008.

III da Lei Complementar 207/79, devendo ser acatada a manifestação da Comissão Processante Disciplinar no tocante à aplicação da pena de suspensão. Recurso provido nos termos do voto do relator. (RMS 15554/SP. STJ. Quinta Turma. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Publicado no DJ, em 01.09.2003), grifo nosso.

Neste caso ficou constatado o controle judicial, por via do princípio da proporcionalidade, sem embasamento expresso na lei, quando da anulação do ato administrativo discricionário (demissão a bem do serviço público) posto que eivado de arbitrariedade, em face das garantias individuais.

Essa adoção, sem o escopo legal, pode ser nitidamente constatada em ementas auto-explicativas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O caso refere-se a veículo apreendido contendo mercadoria contrabandeada.

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PENA DE PERDIMENTO. 1. O ACORDÃO BASEOU-SE EM CORRENTE JURISPRUDENCIAL NO SENTIDO DE QUE NÃO SE LEGITIMA A PENA DE PERDIMENTO DO VEICULO, QUANDO HÁ DESPROPORCIONALIDADE ENTRE O SEU VALOR E AS MERCADORIAS SENDO TRANSPORTADAS, DESNECESSARIO, POR ISSO, FAZER REFERÊNCIA A LEGISLAÇÃO SOBRE O ASSUNTO. 2. EMBARGOS REJEITADOS. ( TRF 4º Região – 2º Turma – Rel. JOSÉ FERNANDO JARDIM DE CAMARGO - Processo 90.04.19674-9/RS - DJ 07/06/1995 P. 35.5593 - Decisão 04/05/1995), grifo nosso.

Não podemos nos olvidar de citar a ferrenha indagação em relação à proporcionalidade da Lei nº 10.248/93 do Estado do Paraná, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos que comercializam GLP, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão, realizarem a pesagem desses botijões, inclusive os veículos que procedam a distribuição a domicílio portarem balanças apropriadas para esse fim, para que verificada a diferença menor entre o conteúdo e a quantidade especificada no botijão, o consumidor teria direito ao abatimento no preço.

Através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 855/PR) ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, entendeu-se caracterizada a ofensa à competência privativa da União para legislar sobre energia (CF, art. 22, IV), bem como violação ao princípio da proporcionalidade.

E M E N T A - Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pa-

gamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. (ADI-MC 855/PR . STF . Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Relator: Min. Sepúlveda Pertence – julg. 01.07.1993), grifo nosso.

Nesse julgado em específico verificamos a não preocupação do Supremo Tribunal Federal em delimitar a proporcionalidade no que toca aos seus elementos (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Este Tribunal não faz uma análise aprofundada e isola da desses sub-princípios o que acaba pouco contribuindo com nosso estudo.

Em outros julgados, esse mesmo Tribunal cita erroneamente a proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade como bem pode ser observado no HC 76.060-4/STF, conforme demonstra o trecho ora transcrito:

“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 constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular”. Grifo nosso.

Neste julgado o Supremo Tribunal Federal foi totalmente simplista, apenas ressaltando a importância desse princípio no que toca à colisão de direitos fundamentais, elaborando um mero silogismo para sua aplicação.

Em pesquisa recente aos julgados da nossa Corte Suprema, observamos a preocupação em ao menos delimitar esses princípios (proporcionalidade e razoabilidade) como termos infu-gíveis. Senão vejamos 33 :

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. FALTA GRAVE. CONFIGURAÇÃO. 1. A tese do habeas corpus consistiu na necessidade de se reinterpretar o parágrafo único, do art. 49, da LEP (Lei de Execução Penal), com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para considerar que a mera tentativa de fuga não poderia ser considerada falta grave. 2. Contudo, a argumentação desenvolvida no recurso ordinário em habeas corpus foi diversa daquela apresentada por ocasião da impetração do writ no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a inviabilizar o conhecimento do recurso

interposto, sob pena de supressão de instância. 3. No mérito, não seria possível acolher a tese segundo a qual o art. 49, parágrafo único, da LEP, deveria ser interpretado à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Não há qualquer óbice a que, em razão de critérios de política legislativa, seja estabelecida idêntica sanção, às hipóteses de consumação ou tentativa de determinados ilícitos, inclusive no campo da execução da pena. 4. Recurso não conhecido. (RHC 89459 / RJ - Relatora: Min. Ellen Gracie - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação 22-08-2008). Grifo nosso.

Diante do exposto observa-se que o Supremo Tribunal Federal ainda não deu a importância esperada, quando da utilização do princípio da proporcionalidade em suas decisões, visto a não observância de seus elementos, quais sejam, a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, limitando sua utilização apenas com a expressão “à luz do princípio da proporcionalidade”, e muitas vezes confundindo-a com o princípio da razoabilidade. Em julgados recentes, alhures descritos, verificamos um avanço em ao menos separar a proporcionalidade da razoabilidade.

Todavia não podemos olvidar da importância desses princípios para o controle da discricionariedade administrativa frente aos direitos e garantias fundamentais consagrados em nossa Lei Mãe. Nesse sentido Luiz Henrique U. Cademartori conclui que “os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, embora não expressos de forma literal na Constituição, configuram-se, dentro do ordenamento jurídico, como parâmetros necessários e permanentes de ponderação racional a orientar toda e qualquer atividade estatal, seja ela legislativa, administrativa ou judiciária” (p. 134).

## **DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: PODER OU DEVER**

A Administração Pública, mesmo no exercício do poder discricionário que lhe é conferida, encontra seus limites na finalidade que a lei deve perseguir. Essa posição superior frente aos administrados deve coadunar-se com as regras básicas de um Estado Democrático de Direito e vislumbra, sempre, o interesse público (sentido teleológico da lei), sob pena de ser taxada, a sua atuação, como arbitrária ou abusiva.

Entendemos que a discricionariedade é um dever do administrador. E que essas balizas que lhe dão a diretriz exata perante o caso concreto, não é resultado apenas e unicamente da obediência à legalidade, como insiste em repetir a doutrina clássica, com respaldo no positivismo arcaico.<sup>11</sup> Hoje, com o sistema constitucional em vigor constituído de normas (leia-se:

---

<sup>11</sup> Nesse sentido: RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 18; DI PIETRO, Maria Silvy Zanello. *Direito Administrativo*, 18<sup>o</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 205

regras e princípios), colocar a conduta do administrador público cerceada somente pela legalidade “strictu sensu” seria uma transgressão à nossa própria Constituição Federal.<sup>12</sup>

Nesse diapasão, podemos afirmar, com supedâneo na nossa Lei Mãe, que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade ampla, devendo obediência não somente à lei, mas aos princípios também. Logo, os princípios<sup>13</sup>, dado a sua importância maior que a lei “strictu sensu” como ressaltado no primeiro capítulo deste trabalho, são, sem sombras de dúvidas, meios para controlar e limitar o poder-dever administrativo discricionário.

Segundo Odete Medauar ao judiciário cabe o exame do mérito do ato administrativo discricionário: “nota-se a tendência a considerar que o contraponto da legalidade – mérito encontra-se atenuado no momento presente” (2004, p. 129).

Lúcia Valle Figueiredo (1994, p. 128) citada por Luis Henrique U. Cademartori (p. 139) preleciona que a discricionariedade consiste na competência–dever de o administrador, perante o caso concreto e após interpretar a lei, valorar, dentro de um critério de razoabilidade que não se confunda com seu juízo subjetivo, e optar pela melhor maneira de concretizar a utilidade pública invocada na norma.

Oportuna, neste ponto, a lição brilhante e profunda de Gustavo Binbenbom:

“Com a constitucionalização do direito administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como sistema de regras e princípios – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não apenas à lei” (2007, p. 212-213).

Nessa linha Odete Medauar nos ensina que:

“A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita,

---

<sup>12</sup> Nesse sentido Odete Medauar ensina-nos, sem a preocupação de agrupá-los segundo critérios, nem de exauri-los, que há parâmetros mitigando o “atuar discricionário” decorrentes da observância da Constituição, da lei, dos princípios constitucionais da Administração (que ao nosso ver são regras, com base na doutrina de Robert Alexy, como visto no capítulo anterior), princípios do direito administrativo e princípios gerais de direito. Conferir em: MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

<sup>13</sup> Karl Larenz ressalta a importância dos princípios. “Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões, na atividade de interpretação e integração do direito (...) são medidas para que se realize a justiça e a paz social; sua função negativa significa a rejeição de valores e normas que os contrariam”. LARENZ, Karl. *Derecho justo*. p. 33. Conferir em : MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 142.

desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário sujeita-se não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que assegurem a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo” (2004, p. 128).

Diante do exposto, conclui-se que todo ato administrativo discricionário é digno de uma motivação idônea, em observância às garantias e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de outros consagrados pela nossa Carta Maior. É dever do gestor público uma administração que atenda aos anseios da sociedade ao mesmo tempo que observa o sistema normativo presente (regras e princípios). Discricionariedade não pode ser considerada como sinônimo de arbitrariedade ou margem ao erro. Com isso, entendemos que não há ato administrativo, violador de direitos ou garantias observadas no bojo da Constituição, que escape do crivo do judiciário, posto que não estaríamos num Estado Democrático de Direito, se tal controle não fosse aceito. Ademais “é princípio assente em nosso Direito – e com expresse respaldo na Lei Magna – que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV)” (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 922).

Encerraremos com as palavras de Juarez de Freitas:

“Importa, em suma, vivenciar, com o máximo empenho e a alma inteira, a era da motivação das escolhas administrativas, sem automatismos e sem cair nas seduções liberticidas da discricionariedade pura. Somente desse jeito a escolha administrativa resultará eficiente e eficazmente, vinculada ao direito fundamental à boa administração pública” (2007, p. 128)

### **Discrecionarieade e conceitos jurídicos indeterminados**

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu na Alemanha em 1886, por Bernatzik (1976, p. 232). Este doutrinador sustentava existir nos conceitos indeterminados atribuição à Administração de um poder para sua livre concretização normativa.

Entendia-se que discricionariedade era a margem dada ao administrador para que, diante de determinadas conjunturas, pudesse apreciar pessoalmente e valorar de acordo com seu critério subjetivo a oportunidade e conveniência de uma decisão, a qual não poderia ser apreciada pelo judiciário, visto tratar-se de mérito do ato administrativo discricionário.

Todavia, essa não é a posição que vigora na doutrina mais moderna. Não basta a ale-

gação de que o administrador atuou conforme a liberdade e de acordo com as alternativas conferidas pela lei.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 927-928), a discricionariedade nem sempre e necessariamente advém das imprecisões dos conceitos jurídicos. Há um elemento a ser considerado, qual seja: a abstração normativa, por vezes prenhe de imprecisões, pode desaparecer ante as circunstâncias do caso concreto, eliminando, totalmente a discricionariedade, quando da sua aplicação. Nesses casos, não restará, a toda evidência, detectável por uma razoabilidade gritante, mais que uma solução.

Nesse sentido, o mesmo autor assevera que:

“O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada” (2007, p. 927).

Com isso a discricionariedade para Bandeira de Mello só existiria “nas hipóteses em que perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida mais apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei” (2007, p. 928).

Logo entendemos que não se pode aceitar a premissa de que ante a presença de conceitos plurissignificativos no corpo da lei, a consequência será via de regra a utilização da discricionariedade. Esta, como tecido alhures não é absoluta, devendo o administrador, ao se deparar com esses conceitos ditos indeterminados, tomar suas decisões procurando fundamentá-las nas diretrizes dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sempre em busca do dever de adotar a solução ótima para o caso concreto.

### **Interpretação dos casos concretos jurídicos indeterminados**

Cumpramos ressaltar inicialmente que as interpretações jurídicas tradicionais<sup>14</sup> não es-

---

<sup>14</sup>Entendemos, como na doutrina pátria, que as interpretações jurídicas tradicionais são os métodos: gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico.



tão superadas inteiramente. Nessa interpretação jurídica clássica, as normas são vistas pura e simplesmente como regras explícitas no sistema normativo, cabendo ao intérprete aplicá-las conforme uma subsunção descrita na lei, conforme prescrição positivista.

Segundo Luís Roberto Barroso (2004, p. 2004) , as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional<sup>15</sup>. “Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade”<sup>16</sup>.

Para esse autor, com o avanço do direito constitucional, a interpretação conforme o sistema tradicional deixou de ser satisfatória, visto que o problema jurídico a ser solucionado nem sempre se encontra no tipo abstrato da norma, em face de sua indeterminação, sendo muitas vezes, encontrarmos a solução adequada desses “hards cases” sob a ótica do problema apresentado.

Nessa diretriz, Luiz Henrique U. Cademartori entende que:

“Embora a lei não determine com precisão os limites desses conceitos, por não possuírem eles uma quantificação ou determinação rigorosa, está, sim, referindo-se a hipótese da realidade que, apesar da indeterminação do conceito, torna-se este determinado no momento de sua incidência no caso concreto”. Para logo concluir: “tais conceitos podem tornar-se unívocos quando deparados com situações específicas” (p.141).

Claus-Wilhelm Canaris assevera que a positivação de normas de textura aberta ou plurissignificativas dá espaço à utilização desse método neoconstitucionalista concomitantemente ao método tradicional. Senão vejamos:

---

<sup>15</sup> Nesse sentido Marçal Justen Filho entende que: “É necessário destacar o sistema jurídico é produzido pela conjugação de técnicas hermenêuticas e de princípios jurídicos propriamente ditos”. Para adiante colocar como técnicas da hermenêutica a interpretação conforme a razoabilidade e a proporcionalidade. Conferir em: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.55 – 56.

<sup>16</sup> Note que Luís Roberto Barroso entende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como sinônimos. Nesse sentido conferir em : BARROSO, Luis Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998): p. 69.

“Não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes – assim se explicando também o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em setores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito constitucional ou em áreas reguladas de um modo muito lacunoso como o Direito internacional privado do que, por exemplo, no Direito imobiliário ou no Direito dos títulos de crédito” (2002, 277).

Importante lembrarmos que os conceitos plurissignificativos não são uma exclusividade do Direito Administrativo. É comum nos depararmos com conceitos indeterminados, como, por exemplo, a boa-fé objetiva no Direito Civil, a presunção de inocência no Direito Penal, a segurança jurídica no Direito Constitucional, dentre outros.

O intérprete, ao se deparar com essas locuções, deve fazer uma valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. “Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação”.<sup>17</sup>

Complementando, Luis Roberto Barroso cita a importância do dever de fundamentação do julgador diante de uma solução criativa, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes.

Na chamada técnica da argumentação esse autor ensina-nos que:

“Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos” (2004, p. 38).

Concluindo, indiretamente com as palavras do autor supracitado, o novo direito constitucional (ou neoconstitucionalismo), identifica uma gama de transformações ocorridas no Es-

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. RPGE, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 36, jul./dez. 2004. Esse autor ressalta a importância do intérprete como co-participante do processo de criação do Direito.

tado e no direito constitucional, como a formação do Estado Constitucional de Direito, o pós-positivismo (com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética – o que, a nosso ver, proporciona a busca por soluções justas, deixando de lado o brocardo “sed Lex dura Lex”), e o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova interpretação dogmática da constituição baseada nos princípios. Com isso a existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção não é capaz, por si só, de solucionar o problema. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos (hierárquico, cronológico e da especialização).

“Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar ao máximo possível de cada um dos interesses em disputa, ou, no limite, procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade” (2004, p. 37).

### **Limites da discricionariedade administrativa**

Vivemos uma geração perplexa com as injustiças cotidianas, somadas à necessidade de transformações sociais e novidades outras da vida moderna, buscando sempre respostas rápidas e soluções adequadas ao nosso tempo, é o que denominamos de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

O Estado de Direito se consolidou na Europa no séc. XIX, com a tripartição dos poderes e a proteção dos direitos e garantias individuais. Já o Estado Constitucional de Direito desenvolveu-se no decorrer do séc. XX, com a observância do Princípio da Legalidade em harmonia com uma Constituição. Com isso a Constituição passa a limitar a atuação legislativa e executiva e o judiciário passa a ter uma ampla atuação no que tange a limitação da discricionariedade desses Poderes.

Essa tendência pós-positivista tem o fito de ir além da legalidade estrita, buscando a consagração de uma legalidade ampla, o que abrangeria a obediência, no deslinde da atuação

discricionária, dos princípios, sobremaneira os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, implícitos em nossa Constituição de 1988<sup>18</sup>.

Luis Roberto Barroso entende que a atividade discricionária está limitada à Constituição num primeiro plano e pela lei num segundo plano. Senão vejamos:

“Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem” (2009, p. 374-375).

Importante salientar que essa interpretação não infringe o princípio da separação dos poderes. Logo não aboliu a atividade discricionária, mas se ateve a colocar contornos e balizas quando do seu exercício. Nesse diapasão, Bandeira de Mello, não obstante citar a razoabilidade a que a decisão administrativa está subordinada, se manteve conservador no que tange à possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo, prelecionando que:

“A interpretação do sentido da lei, para pronúncia judicial, não agrava a discricionari-  
riedade, apenas lhe reconhece os confins; não penetra na esfera de liberdade adminis-  
trativa, tão só declara os contornos, não invade o mérito nem se interna em avaliações  
inobjetiváveis, mas reconhece a significação possível em função do texto, do contexto  
e da ordenação normativa como um todo, aprofundando-se até o ponto em que pode  
extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível” (2007, 939). grifo nosso

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, diferentemente de Bandeira de Mello, entendem que a discricionari-  
riedade cinge-se à liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, uma vez que a decisão a ser adotada se fundamenta em critérios extrajurídicos, não incluídos na lei e submetidos ao julgamento subjetivo do administrador. No que toca a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, seria um caso de aplicação da lei, cujo pro-  
18 Sobre o que denominamos Princípio da Legalidade Ampla, Luís Roberto Barroso denomi-  
nina de Princípio da Juridicidade. Conferir em: BARROSO, Luis Roberto. Direito Consti-  
tucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São  
Paulo: Saraiva, 2009, p. 375.

cedimento não acarretaria nenhuma interferência de ordem subjetiva do administrador. Logo, o juiz fiscalizará avaliando se a solução é a única justa que a lei permite (1990, p. 394).

A idéia de constitucionalização do Direito, à qual temos corroborado, associa-se a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material a axiológico se irradia, com força normativa. Nessa diretriz Luis Roberto Barroso defende a tese, da qual confirmamos, de que “a constituição passa a ser não apenas um sistema em si (...), mas também um modo de olhar e interpretar os demais ramos do Direito. A constitucionalização do Direito se realiza, sobretudo, pela interpretação conforme a Constituição (...). No domínio do Direito Administrativo, trouxe a suspensão ou reformulação de paradigmas tradicionais, relacionados (a) à idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, (b) à substituição da noção de legalidade pela de juridicidade e (c) à possibilidade de controle do mérito do ato administrativo” (2009, p. 399).

## **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

Marçal Justen Filho<sup>19</sup>, salientando a importância da proporcionalidade na hermenêutica jurídica nos ensina que grande parte dos instrumentos de interpretação não são adequadas para solucionar racionalmente problemas gerados pela contraposição de princípios de idêntica hierarquia. Com isso, a evolução do pensamento jurídico conduziu à utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento técnico indispensável à harmonia do sistema.

Como havia dito alhures, o princípio da proporcionalidade exerce uma função orientadora e interpretativa para o administrador, diante da apresentação de casos difíceis que lhe é submetido no exercício do poder-dever discricionário. Portanto, ao presenciar uma divergência de entendimento, no que tange aos direitos fundamentais, a proporcionalidade em conjunto com o critério de razoabilidade, mediante ponderação ou sopesamento de princípios é sempre necessária, tendo em vista que o acesso ao judiciário, quando da ameaça ou lesão de direitos ou garantias consagradas no bojo da Carta de 1988 pelo Poder Público, é garantia do Estado

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58. Esse autor assevera ainda que a solução jurídica não pode ser produzida por meio do isolamento do aplicador em face da situação concreta. O intérprete tem o dever de avaliar os efeitos concretos e efeitos potencialmente derivados da adoção de determinada alternativa. Portanto, deverá selecionar aquela que configurar como a mais satisfatória, não do ponto de vista puramente lógico, mas em vista da situação real existente. Grifo nosso.

Constitucional de Direito, uma vez que a “inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado” (207, p. 107).

Luiz Antônio Soares Hentz (1998, p. 79) leciona que “o legislador constituinte de 1988 traçou com cores firmes o perfil do administrador público, limitando sobremaneira a discricionariedade”. Para depois concluir: “ao nosso ver, eliminou de vez a barreira diante da qual escondiam-se os tribunais sempre que chamados a pronunciar sobre o mérito do ato administrativo discricionário”.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo o princípio da proporcionalidade enuncia a idéia de que “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas” (2007, p. 107).

No que tange ao controle realizado pelo Poder Judiciário, Alexandre de Moraes assevera que:

“O Poder Judiciário, levando em conta a finalidade do controle de constitucionalidade, que tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos e dos direitos fundamentais, afirmados livremente pelo povo em Assembléia Nacional Constituinte, passou a exercer a função de legislador negativo também em relação às principais normas de Direito Administrativo, devidamente constitucionalizadas, consagrando a Teoria Geral do Direito Constitucional” (2002, p. 69-70).

Este autor defende a tese de que a constitucionalização das normas de Direito Administrativo, permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais.

Nessa linha entendemos que não podem, os atos administrativos editados com base no discricionário entendimento do homem público, que muitas vezes não possui conhecimento jurídico ou principiológico, ficarem protegidos sob o pretexto do princípio da independência dos poderes.

### **Os elementos da proporcionalidade na atuação administrativa**

O princípio da proporcionalidade incidente tanto na atividade legislativa (maior liberdade por avaliar abstratamente os meios e fins), quanto na atividade administrativa (menor liberdade, uma vez que vinculado a fins previamente estabelecidos implícita ou expressamente pelo legislador), está situado na relação motivo, meio e fim.

Não existe ato sem motivo, sem os fatos autorizadores da medida, a qual determina a prática do ato administrativo para consecução de um fim. Nesse compasso, por exemplo, diante de um surto do vírus influenza H1N5, popularmente conhecido como gripe suína (motivo), o Governo Brasileiro quebra as patentes que detêm os países desenvolvidos, para a fabricação do antigripal no Brasil (meio), popularizando o acesso a esses medicamentos (fim). Neste caso manteve-se a relação entre os elementos integradores, sendo assim observada a proporcionalidade no que tange a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida administrativa exarada.

Em outro viés exemplificaremos um julgamento recente do Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 855, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC) para suspender a Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que determinava a obrigatoriedade da presença do consumidor para acompanhar a pesagem de botijões de GLP comercializados pelas distribuidoras no momento da venda.

Por maioria dos votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 855 por entender, dentre outras, a violação ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade das leis restritivas de direitos, uma vez que a norma seria de difícil aplicação<sup>20</sup>.

Diante do caso em tela o Estado do Paraná pretendia assegurar o direito do consumidor a pagar, mediante pesagem do produto, somente o que de fato levaria pra sua casa (motivo). Através de Lei Estadual obrigou as distribuidoras a levarem consigo uma balança de precisão para que pudessem pesar, à vista do consumidor, os botijões de gás GLP (meio). Ocorre que, muito embora a intenção da norma seja a de proteção ao consumidor (fim), a medida tornou-se inviável e danosa, tendo em vista que razões de ordem técnica exigiriam balanças pesadas sujeitas a desregulações, demandando esforço dos consumidores, ao subirem em caminhões para a verificação. Neste caso rompeu-se um dos elementos que integram a aplicação do princípio

---

<sup>20</sup> Conferir julgado em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=855&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

da proporcionalidade, qual seja a adequação entre meio e fim, infringindo a racionalidade que devem guardar entre si.

Com isso conclui-se que esses elementos são *conditio sine qua non*, no exame e controle do ato administrativo ante o princípio da proporcionalidade e possuem relação de simbiose com os elementos essenciais que integram o princípio da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Estes elementos, os quais estudaremos em seguida são considerados pela doutrina como sub-princípios do princípio da proporcionalidade, sendo imprescindíveis no que toca à sua aplicabilidade.

#### Adequação (*Geeignetheit*)

Como exposto durante o trabalho, trata-se a adequação de um sub-princípio sendo o primeiro pressuposto a ser analisado no exame da proporcionalidade<sup>69</sup>. É utilizado como balizador na relação entre meio escolhido para o conseguimento do fim pleiteado. Logo, o administrador tem o dever de escolher a medida apta para melhor implementação das finalidades albergadas, sob pena de se levar a crivo do judiciário, considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Destarte, a atuação discricionária, deve haver nexos de causalidade entre meio (ação) e o fim almejado<sup>21</sup>.

O sub-princípio da adequação, também denominado pela doutrina como princípio da proibição de excesso “impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins subjacentes”. (...) “Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim” (CANOTILHO, 1999, p. 262).

Aprofundando no assunto, Humberto Ávila ensina-nos que o exame da adequação pode ser analisado pelos aspectos quantitativo, qualitativo e probabilístico, senão vejamos:

No aspecto quantitativo, um meio pode promover um fim de forma mais, menos ou igualmente intensa que o outro. Em termos qualitativos, pode a escolha se dar em um meio que promova de maneira melhor, igual ou pior que o outro; e quanto ao probabilístico, que atinja o fim de maneira mais certa (com mais certeza), igual ou menos

---

<sup>21</sup> Exemplo de medida adequada se deu com a Medida Provisória nº 2.152-2, que dispunha sobre o racionamento de energia elétrica. Devido ao seu caráter coercitivo a medida pressionou os consumidores das regiões afetadas a economizarem energia elétrica, colaborando para que não ocorressem apagões temporários.



certa. Esses aspectos nem sempre ocorrem de forma sincronizada, podendo uma medida ser mais idônea em seu aspecto quantitativo, mas não sê-la em seu aspecto qualitativo (ÁVILA, 2003, p. 109).

Suzana de Toledo Barros (2000, p.80), por sua vez, ressalta que o exame da idoneidade da medida restritiva deve ser realizado sob o enfoque negativo, ou seja, apenas quando inequivocadamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei ou o ato administrativo devem ser anulados.

Portanto, conclui-se que o dever discricionário a ser aplicado a um determinado caso concreto deve ser adequado ao fim pretendido para que seja garantido a sua validade.

### **Necessidade (Erforderlichkeit)**

O sub-princípio da necessidade, também conhecido como princípio da exigibilidade ou “máxima do meio mais suave”, pressupõem que a o cidadão, lesado em seus direitos ou garantias, tem direito a uma medida estatal menos gravosa possível.

Para Rezek Neto (REZEK NETO, 2004, p. 39), seu pressuposto é de que “a medida restritiva seja indispensável para a conservação de um direito fundamental, e que esta não possa ser substituída por outra menos gravosa”.

Nesse diapasão, Canotilho entende que, neste princípio tem-se a idéia de “que o cidadão tem direito a menor desvantagem social” (CANOTILHO, 1999, p. 264). A doutrina acrescentou alguns elementos ao sub-princípio da necessidade, conforme destaca o constitucionalista luso. Logo se subdivide em exigibilidade material, exigibilidade espacial, exigibilidade temporal e, por fim, exigibilidade pessoal.

A exigibilidade material significa que o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais, já a exigibilidade espacial, por sua vez, aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção. A exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo na medida coactiva do poder público e a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados (Idem, ibidem, p. 264-265.).

Segundo Humberto Ávila:

Um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. O controle da necessidade deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos poderes, à anulação do meio escolhido, quando há um meio alternativo que, em aspectos considerados fundamentais, promove igualmente o fim causando menores restrições. (ÁVILA, 2003. p. 121).

Para Suzana Toledo de Barros (BARROS, 2000, p. 80) a necessidade de uma medida traduz-se por um juízo positivo, pois não basta se afirmar que o meio escolhido pelo legislador / administrador não é o que represente a menor lesividade. O apreciador da medida deve indicar qual o meio mais idôneo (adequado) e por que objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os meios adequados ao fim pretendido.

Vale lembrar que há uma estreita relação entre adequação e necessidade, uma vez que só se fala neste se houver adequação do meio empregado.

Logo, conclui-se que a exigibilidade estatal deve ser apresentada de maneira que cause a menor gravidade possível aos direitos fundamentais, não sendo legítima a medida restritiva tomada pelo Poder Público sem observância deste sub-princípio.

### **Proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)**

Em relação ao sub-princípio em questão, também denominado de “máxima do sopesamento”, “mesmo quando uma medida for aplicada e nela já se tenha verificado sua adequação e exigibilidade, ainda assim, deve-se averiguar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma” (REZEK NETO, 2004, p. 40.).

Para Luis Virgílio Afonso da Silva o exame da proporcionalidade em sentido estrito, “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (DA SILVA, 1991, p. 40).

Este autor exemplifica brilhantemente a importância desta terceira sub-regra, da proporcionalidade.

Se, para combater a disseminação da AIDS, o Estado decidisse que todos os cidadãos devessem fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso,

prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – nos termos previstos pela regra da proporcionalidade – já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja condiferado proporcioanl, visto que, após a ponderação reacional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º) (Idem, *ibidem*, p. 40-41).

Vale lembrar novamente que só se examinará a proporcionalidade em sentido estrito, caso a medida estatal tiver sido passada pelo crivo dos juízos de adequação e de necessidade. Caso a medida não seja adequada, não será indagada a sua proporcionalidade em sentido estrito.

## CONCLUSÃO

Na vigência do Estado Democrático de Direito não é bastante em si mesmo a mera observância à lei ou ao princípio da legalidade pelo condutor das políticas públicas. Podemos falar com clareza que nos dias atuais há prevalência do princípio da juridicidade, o qual vincula o administrador público, não somente à lei, mas aos princípios e valores guardados no bojo da Carta Constituinte Republicana de 1988.

O positivismo arcaico dos nossos tribunais tendentes a não observarem a aplicação principiológica como norma a ser seguida, sede espaço ao neoconstitucionalismo, tendente por sua vez, a questionar a discricionariedade administrativa em inúmeros parâmetros.

Nessa diretriz, o princípio da proporcionalidade, denominado pela doutrina de “o princípio dos princípios”, auxilia o administrador, buscando sempre o interesse público previsto na lei em harmonia com os direitos e garantias individuais previstos na Constituição da República. Este princípio exerce uma função orientadora e interpretativa ao administrador, diante da apresentação dos *hard cases* que lhe é submetido no exercício do poder-dever discricionário, sopesando princípios sem eliminar um em face do outro, mas restringindo sua atuação perante cada caso concreto.

Todavia haverá casos em que o administrador, ao se deparar com conceitos vagos ou plurissignificativos, com o auxílio que o princípio da proporcionalidade e seus elementos

(adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) proporcionam, chegará a uma única solução não mais que ótima, aniquilando de vez o juízo de conveniência e oportunidade.

Importante salientar que essa interpretação não infringe o princípio da separação dos poderes. Portanto, não aboliu a atividade discricionária, mas se ateve a colocar contornos e balizas quando do seu exercício. Logo, atos desproporcionais são atos ilegais fulmináveis pelo judiciário. Nesse contexto, existe a possibilidade de averiguar o mérito do ato administrativo, averiguando se a conduta do administrador é a única ou a mais justa que a lei permite.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, 215 (1999).

\_\_\_\_\_. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, (1996).

BARROS, Wellington Pacheco e Wellington Gabriel Zuchetto Barros. A Proporcionalidade como Princípio de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, 23, 1998.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. RPGE, Porto Alegre, v. 28, n. 60, jul./dez. 2004.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CADEMARTORI, Luis Henrique Urquhart. Discricionariedade Administrativa - no Estado Constitucional de Direito. Curitiba: Juruá.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Alameda, 1999.
- CRETELLA JUNIOR, José. Filosofia de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DA SILVA, Luis Vergílio Afonso. O proporcional e o razoável. São Paulo: RT 298, 1991.
- DI PIETRO, Maria Silvy Zarella. Direito Administrativo. 14º ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. Direito Administrativo. 18º ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos em serio. Readução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discricionariedade: Poder Ou Dever? In: CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. (Org.). Direito Administrativo Na Constituição De 1988. 1991.