

Aspectos históricos do princípio da proporcionalidade

Thiago Oliveira Moreira *

Resumo: O presente artigo científico busca abordar basicamente os aspectos históricos do princípio da proporcionalidade. Analisando aspectos teóricos e legais acerca do tema, visa-se investigar as hipóteses, até certo ponto, de forma cronológica, o desenvolvimento do citado princípio, desde a antiguidade até a contemporaneidade, advertindo sempre para sua importância e para o alargamento de sua aplicação.

Palavras Chaves: Princípio da Proporcionalidade - Adequação - Necessidade - Razoabilidade - Aspectos Históricos - Estado Democrático de Direito.

A origem do princípio da proporcionalidade, ao menos em sua base teórica e filosófica, remonta a Grécia antiga, bem como as lições elaboradas por Ulpiano em seu famoso Digesto. O presente princípio surgiu da necessidade de fundamentar a intervenção do Estado sobre o patrimônio dos particulares, com base na utilitas publica.

No campo da moral, GUERRA FILHO (2002, pg. 83) nos ensina que "para os antigos gregos, a idéia retora de seu comportamento era aquela de proporcionalidade, de equilíbrio harmônico, expressa pelas noções de métron, o padrão do justo, belo e bom, e de hybris, a extravagância dessa medida, fonte de sofrimento".

Vê-se claramente no Direito Romano vestígios do início da aplicação do princípio da proporcionalidade ao analisar as regras pretorianas acerca das sanções impostas por um infrator, como as parcelas do débito, obrigações de fazer e indenizações.

Remontando aos idos do Código de Hamurábi, observa-se a idéia de proporcionalidade na reação a uma agressão sofrida, conforme preceitua a expressão "olho por olho, dente por dente". FERNANDES (2003, pg. 55) leciona que "a idéia de proporcionalidade é muito antiga, bastando lembrar a famosa Lei de Talião". A ação proporcional à agressão sofrida é até hoje permitida em nosso ordenamento jurídico, desde que proporcional ao fato praticado, é o que se inferem na legítima defesa e no desforço pessoal, hipóteses de autotutela.

A própria imagem da Deusa Thêmis ilustra a existência e consagração do princípio da proporcionalidade, na medida que sua balança simboliza o necessário equilíbrio que o Direito deve buscar para solucionar os conflitos. ARISTÓTELES apud CASTRO (2005, pg. 198) leciona que "a justiça é a mais levada forma de excelência moral, e nem a estrela vespertina nem a matutina é tão maravilhosa... o justo é uma das espécies do gênero proporcional... e o proporcional é um meio termo... a injustiça é excesso e falta, no sentido de que ela leva ao excesso e à falta".

O princípio da proporcionalidade surge com o próprio desenvolvimento do Estado de Direito, bem como com o surgimento das primeiras normas que limitavam o poder estatal sobre os membros da coletividade que o compunham. CASTRO (2005, pg. 199) leciona que "E é nesse mesmo contexto de um agir em conformidade coma exigência de 'não-excesso' que se deve ter em conta a célebre exortação do poeta Horácio, no sentido de que para tudo deve haver medida nas coisas (est modus in rebus, sunt certi denique fines)".

Sabe-se da grande importância da Magna Carta inglesa, de 1215, imposta ao Rei João Sem-Terra pelos barões burgueses, com a finalidade de limitar o poder estatal. Uma das formas de realizar tal intento deu-se através da observância do princípio da proporcionalidade, conforme nos ensina STEPHENSON; MARCHAM apud GUERRA FILHO (2002, pg. 84)

ao transcrever parte da citada carta que estabelece "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".

Vê-se claramente que já em 1215 havia noção do princípio da proporcionalidade. É o que se percebe do trecho citado acima, onde se vislumbra a necessária proporcionalidade entre a pena e a gravidade do delito praticado.

A proporcionalidade ainda esteve presente em outras normas que se respaldaram na Magna Carta, v.g a Bill of Rights, em 1689, Declaration of Rights americana, em 1776 e a Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen francesa, em 1789. Importante observar que todas essas normas baseavam-se em princípios racionais jusnaturalistas, dentre os quais, o em tela. Talvez seja por isso que BONAVIDES (2004, pg. 407) leciona que "As origens administrativas do princípio da proporcionalidade na Alemanha, com alicerces no direito natural, onde a liberdade é inata e inalienável ao homem, remontam a fins do século XVIII, precisamente a Suarez, 'o pai do Preussisches Landrecht'".

Acerca do surgimento do princípio da proporcionalidade no período acima citado e com base nos estudos do direito administrativo, CANOTILHO (2003, pg. 266) nos ensina que:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (Ubermassverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional.

Observa-se que o renomado constitucionalista afirma que o surgimento do princípio da proporcionalidade estava intimamente ligado as restrições à liberdade individual, ou seja, a invasão do Estado sobre os direitos de primeira geração, e, somente com o avançar dos

estudos, houve a implementação do direito administrativo, sobretudo no desenvolvimento do estudo sobre as limitações do poder de polícia.

JELLINEK apud BONAVIDES (2004, pg. 407) nos ensina que Suarez formulou que "O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos". Vê-se da análise do texto que o princípio da proporcionalidade surgiu para defender os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, das invasões estatais. Serve-se de tal princípio para combater e reprimir os excessos legislativos, que muito embora sejam legais por serem normas elaboradas pelo crivo da legalidade, ferem direitos individuais, burlando os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Posteriormente a tais fatos, JAKOBS apud GUERRA FILHO (2002, pg. 85) ensina que:

Em 1802, VON BERG emprega o termo 'verhältnismässig', 'proporcional', ao tratar dessa possibilidade de limitação da liberdade em virtude da atividade policial, referindo-se à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido. É com apoio de OTTO MAYER, porém, que WOLZENDORFF denomina de 'Princípio da Proporcionalidade', 'Grundsatz der Verhältnismässigkeit', a 'proposição de validade geral' (allgemeingültigen Satz) que veda à força policial ir além do que for necessário e exigível para a consecução de sua finalidade.

O princípio da proporcionalidade que ora estuda-se, aos idos da metade do séc. XX fora observado apenas no campo dos regramentos da atividade policial, com a finalidade de coibir excessos em sua prática. É bem verdade que o conceito de atividade policial daquela época é diferente do que se entende hodiernamente, vez que se aplicava tal conceito a toda atividade estatal e não somente a oriunda do Direito Administrativo.

Em 1913, Jellinek redigiu importante monografia acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade. O citado autor tratou da limitação da discricionariedade não só da Administração Pública ao emitir atos administrativos, mas também a decorrente do Poder Legislativo ao elaborar normas e do Poder Judiciário ao interpreta-las. O princípio da

proporcionalidade funciona como limitador da discricionariedade estatal, ou seja, por mais que o ato de legislar seja baseado em aspectos políticos, estes são limitados pelo respeito à ordem constitucional e por mais que caiba aos órgãos do Judiciário interpretar a norma, esta deve se pautar nos limites da proporcionalidade constitucional.

Percorrendo as trilhas do caminho evolutivo do princípio da proporcionalidade chegamos ao Direito Alemão, onde indiscutivelmente tal princípio tomou fôlego e se desenvolveu de forma considerável, inclusive alargando sua aplicação não só ao campo do Direito Administrativo, mas a Ciência Jurídica como um todo, principalmente ao Direito Constitucional.

Pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade, decorrente do Estado Democrático de Direito, surgiu no período após a segunda guerra, bem como que sua constitucionalização, ao menos implícita, iniciou-se na Alemanha, na segunda metade do séc. XX, muito embora alguns autores afirmem que a introdução do citado princípio ao Direito Constitucional fora feito pela primeira vez na Suíça.

Doutrinariamente, GUERRA FILHO (2001, pg. 72) ensina que:

Em 1955 aparece, então, a primeira monografia dedicada exclusivamente ao seu estudo, devida a Rupprecht V. Krauss, onde já se fez notar a preocupação terminológica, visando distinguir aspectos diversos da proporcionalidade, sendo ele o primeiro a empregar a expressão 'princípio da proporcionalidade' com a qualificação extra 'em sentido estrito'.

Ainda acerca dos aspectos históricos do princípio da proporcionalidade, arremata o acima citado autor que:

No ano seguinte, aparece no 'Arquivo de Direito Público' (Archiv für öffentliches Recht) o influente ensaio de Durig (1956, p. 117 s., esp. 133 s.), em que defende a tese de haver um sistema de valores imanente à Lei Fundamental alemã ocidental, cuja justificação última é

fornecida pela imposição de respeito à dignidade humana, estabelecida logo na primeira frase do art. 1o.

Agora no campo jurisprudencial, vê-se claramente a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade nos julgados do Tribunal Constitucional alemão. Tais julgados, conforme salienta GRABITZ apud BONAVIDES (2004, pg. 410), preceituavam que "quanto mais a intervenção afeta formas de expressão elementar da liberdade de ação do homem, tanto mais cuidadosamente devem ser ponderados os fundamentos justificativos de uma ação cometida contra as exigências fundamentais da liberdade do cidadão". Observa-se que o princípio constitucional da proporcionalidade fora aplicado pelo citado Tribunal como forma de salvaguardar os direitos fundamentais e não como forma de justificar a mitigação deles em prol do interesse coletivo, como querem alguns atualmente.

Importante destacar dois julgados do Tribunal Constitucional alemão citados por BONAVIDES (2004, pg. 408), onde o renomado constitucionalista descreve que:

Aliás, em dois célebres julgamentos, o 'Luth-Urteil', de 15 de janeiro de 1958 e o 'Aoitheken-Urteil', de 11 de junho de 1958, o Tribunal de Karlsruhe firmou posição interpretativa sobre direitos fundamentais, abrindo caminho à aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria constitucional da mais alta relevância; no primeiro caso, concernente ao direito de opinião, ao exercício de uma liberdade com caráter de garantia institucional, mais precisamente de garantia de instituto (Institusgarantie), e no segundo caso, respeitante ao livre exercício da profissão, nomeadamente às limitações que lhe são possíveis traçar.

Observa-se a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade em casos concretos onde o Estado editou normas que limitavam o exercício do direito de opinião e de profissão. Tais normas limitam direitos fundamentais previstos constitucionalmente, necessitando, portanto, de serem objeto de controle de proporcionalidade, bem como que sua interpretação à luz da Constituição seja feita de forma proporcional. A partir desses

julgados muitos outros se seguiram na jurisprudência do citado Tribunal e em outros europeus.

Considerado como uma das grandes contribuições para o tema aqui estudado, o livro de Peter Lerche, editado em 1961, intitulado "Excesso e Direito Constitucional - A vinculação do Legislador aos Princípios da Proporcionalidade e da Necessidade", ressalta a distinção entre os citados aspectos da proporcionalidade, bem como trata do gênero como "Princípio da Proibição de Excesso". Lerche lecionava que o Poder Legislativo era obrigado, na edição de normas, a observar o princípio em tela, ou seja, haveria uma limitação do poder de legislar, vez que, constitucionalmente, o presente princípio preceituava que fossem respeitados os direitos fundamentais, não podendo ser objetos de bruscas limitações.

Doutrinariamente, há ferrenho debate acerca da origem do princípio da proporcionalidade, não no sentido de sua aplicação ou estudo, como vimos anteriormente, mas sim em relação à de qual princípio deriva o da proporcionalidade. Alguns autores afirmam que ele deriva do princípio da legalidade, outros defendem que do da igualdade, há ainda os que afirmam que a proporcionalidade descende do devido processo legal, enquanto que há os que afirmam derivar o princípio da proporcionalidade dos direitos fundamentais, e, por fim, os que sustentam que o princípio em tela deriva do Estado de Direito.

Verdadeiramente, sabe-se que a proporcionalidade é inerente a Ciência Jurídica, a busca da justa solução para os conflitos. Corroborando com esse entendimento, vê-se a lição de CASTRO (2005, pg. 199), citando Dante Alighieri, ao afirmar que:

...à base da essência do ius, isto é, no âmago do direito, repousa a eterna inquietação de se realizar o sentimento de 'proportio' nas relações da vida. Nas palavras do genial florentino, 'direito é proporção real e pessoal de homem para homem' (ius est realis personalis hominis ad hominem porportio), que, quando mantida, mantém a sociedade, e quando corrompida, corrompe-a.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade adveio do que fora esculpido na Constituição Portuguesa de 1976, apesar de constar constitucionalmente como norma implícita, já o encontramos de forma explícita na legislação infraconstitucional.

Muito ainda há que se estudar o princípio constitucional da proporcionalidade, dada a sua importância em todo o ordenamento jurídico, dado seu necessário respeito tanto na elaboração da norma quanto de sua aplicação. Somente com a concretização do citado princípio pode-se desenvolver a ciência jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas:

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

_____. A Filosofia do Direito Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

* Thiago Oliveira Moreira, Bel. em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Advogado Criminalista. Ex-Professor do Curso de Direito da UERN. Professor de

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia no Curso de Direito da UFRN/CERES/Caicó.
Pós-graduando em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Potiguar.
Pesquisador. Texto elaborado em junho de 2007.

Disponível em:<

<https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=39657> >

Acesso em.: 29 ago. 2007.