



A PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

GILMAR FERREIRA MENDES*

1. Introdução

É possível que a aplicação do princípio da proporcionalidade configure um dos temas mais relevantes do hodierno direito constitucional. A possibilidade de se proceder à aferição sistemática da razoabilidade das leis, especialmente daquelas de índole restritiva, introduz uma nova dimensão ao controle de constitucionalidade, exigindo inclusive um reexame da relação jurisdição constitucional e política.

O presente trabalho pretende apenas mostrar o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. Princípio da Proporcionalidade: Significado

Embora a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado emprestar um tratamento mais sistemático à matéria, a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis¹.

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)², pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utiliza-

ção (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)³. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito*)⁴.

O pressuposto da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos⁵. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado⁶.

3. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

É interessante notar que a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - tanto quanto é possível identificar - está intimamente relacionada com a proteção ao direito de propriedade. No RE nº 18.331, da relatoria do eminente Ministro Orozimbo Nonato, deixou-se assente, *verbis*:

"O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do 'détournement de pouvoir'. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado"⁷.

1) Cf., sobre o assunto, Mendes, Gilmar Ferreira, Controle de Constitucionalidade, São Paulo, 1990, p. 47 s., v. sobre o assunto, Carlos Roberto Siqueira Castro, O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição, Rio de Janeiro, 1989, p. 368 s.

2) Pieroth e Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 70.

3) Pieroth e Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 72.

4) Pieroth e Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 74.

5) Pieroth e Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 73.

6) Pieroth e Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 73.

7) RE 18.331, Relator: Ministro Orozimbo Nonato, RF 145 (1953), p. 164 s.

Em 21 de fevereiro de 1968, teve o Tribunal oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de norma constante da Lei de Segurança Nacional, que obstava que o acusado de prática de crime contra a Segurança Nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada, tal como previsto art. 48 do Decreto-Lei nº 314, de 1967:

"Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente:

1º - na suspensão do exercício da profissão;

2º - na suspensão do emprego em atividade privada;

3º - na suspensão de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória".

O Supremo Tribunal reconheceu que a referida restrição revelava-se desproporcional (*exorbitância dos efeitos da condenação*) e era, portanto, inconstitucional, por manifesta afronta ao próprio direito à vida em combinação com a cláusula de remissão referida, como se pode ler na seguinte passagem do voto então proferido pelo Ministro Themístocles Cavalcanti:

"Infelizmente não temos em nossa Constituição o que dispõe a Emenda nº 8 da Constituição americana, onde se proíbem a exigência de fianças excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum ou de medida (cruel and unusual punishment).

Os intérpretes consideram como tal, por exemplo, a morte lenta, mas entendem também que o conceito deve evoluir porque 'cruel' não é uma expressão técnica, com significação definida em direito e que deve evoluir com o aperfeiçoamento do homem, as exigências da opinião pública e a proporção entre o crime e a pena.

É possível que em determinado momento se chegue a condenar a pena de morte, como cruel (Pritchett, *The American Constitution*, p. 527).

No caso *Trop versus Dulles* (1958) Justice Warren entendeu, a meu ver com razão, que a idéia fundamental da Emenda nº 8 é a preservação da dignidade humana.

Não temos preceito idêntico, porém, mais genérico e suscetível de uma aplicação mais ampla, temos o § 35 do art. 150, reprodução de Constituições anteriores que dispõe: 'A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e

garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota'.

Ora, a Constituição vigente, como as anteriores no quadro das garantias individuais e sociais, procurou seguir as exigências de aperfeiçoamento do homem e o respeito à sua integridade física e moral. A preservação de sua personalidade e a proteção contra as penas infamantes, a condenação sem processo contraditório, a supressão de algumas penas que se incluíam na nossa velha legislação penal, a afirmação de que somente o delinqüente pode sofrer a pena, sem atingir os que dele dependem, definem uma orientação que qualifica perfeitamente o regime e os princípios fundamentais da Constituição.

O preceito vem da Constituição Americana, Emenda IX - nela foi inspirado e foi introduzido na nossa primeira Constituição Republicana, com o receio de que a enumeração pudessem levar o intérprete a entender que por serem discriminadas essas garantias quaisquer outras estariam excluídas.

Mas o preceito é de maior alcance, porque ele atinge numerosos direitos não enumerados e que representam conquistas do progresso humano no domínio das liberdades. A lista desses direitos vem crescendo há séculos.

O objetivo da lei foi inverso a essa tendência, porque procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo.

Nesse particular, a expressão de medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família. Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida.

Mas não só o art. 150, § 35, pode ser invocado. Também o *caput* do art. 150 interessa, porque ali se assegura a todos os que aqui residem o direito à vida, à liberdade individual e à propriedade.

Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção⁸.

8) HC nº 45.232, Relator: Ministro Themístocles Cavalcanti. RTJ, nº 44, p. 322 (327-328).

Um exame mais acurado da referida decisão, com a utilização dos recursos da moderna doutrina constitucional, haveria de demonstrar que, em verdade, a Corte se valeu da cláusula genérica de remissão contida no art. 150, § 36, da Constituição de 1967, para poder aplicar, sem risco de contestação, a idéia de *razoabilidade* ou de *proporcionalidade* da restrição como princípio constitucional.

O tema voltou a merecer a atenção da nossa jurisprudência, na Representação nº 930, quando se discutiu a extensão da liberdade profissional e o sentido da expressão *condições de capacidade*, tal como estabelecido no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/69. O voto então proferido pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmin enfatizava a necessidade de preservar-se o núcleo essencial do direito fundamental, ressaltando-se, igualmente, que, ao fixar as condições de capacidade, haveria o legislador de "atender ao critério da razoabilidade".

Inicialmente, valeu-se o eminente Relator das lições de Fiorini transcritas por Alcino Pinto Falcão:

"No hay duda que las leyes reglamentarias no pueden destruir las libertades consagradas como inviolables e y fundamentales. Cual debe ser la forma como debe actuar el legislador cuando sanciona normas limitativas sobre los derechos individuales? La misma pregunta puede referir-se al administrador cuando concreta actos particulares. Si el Estado democrático exhibe el valor inapreciable con carácter absoluto como es la persona humana, aqui se halla la primera regla que rige cualquier clase de limitaciones. La persona humana ante todo. Teniendo en mira este supuesto fundante, es como debe actuar con carácter razonable la reglamentación policial. La jurisprudencia y logica juridica han instituido cuatro principios que rigen este hacer: 1º) la limitación debe ser justificada; 2º) el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo da medida, debe ser *adecuado* al fin deseado; 3º) el medio y el fin utilizados deben manifestarse *proporcionalmente*; 4º) todas las medidas deben ser *limitadas*. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen (...)"⁹.

Valendo-se desses subsídios do direito constitucional comparado, concluiu o eminente Relator:

"A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (*Cooley, Constitutional Limitations, pág. 209', ...Nor, where fundamental rights are declared by the*

constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power'. Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de *condições de capacidade*, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essa *condições de capacidade*, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não"¹⁰.

Embora a questão em apreço se restringisse à liberdade de exercício profissional, parece certo que o juízo desenvolvido mostra-se aplicável em relação a qualquer providência legislativa destinada a restringir direitos.

O reconhecimento da competência do Poder Judiciário para "*apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público*" demonstra a necessidade de, muitas vezes, proceder-se, no controle de normas, ao confronto da "*lei consigo mesma*"¹¹, tendo em vista os fins constitucionalmente perseguidos.

Por outro lado, deve-se acentuar que a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida de que, na espécie, a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser aferida no contexto de uma *relação meio-fim (Zweck-Mittel Zusammenhang)*¹², devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha *limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis)*. Trata-se, à evidência, de aplicação da *proporcionalidade ou da proibição de excesso* no juízo de constitucionalidade.

Posteriormente, na Representação nº 1054, de 4/4/84, discutiu-se enfaticamente a constitucionalidade do art. 86, da Lei nº 4.215, de 27/4/63, com a redação dada pela Lei nº 5.681, de 20.7.71, que consagrava a incompatibilidade dos magistrados, membros do Ministério Público e de outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos, a contar da data da aposentação ou da disponibilidade. Cuidava-se de verificar, fundamentalmente, se as exigências contidas na lei estavam compreendidas no conceito de capacidade e se tais restrições diziam respeito ao interesse público.

10) Cf. transcrição na Rp. 1054. Relator: Ministro Moreira Alves. RTJ 110/937 (962).

11) Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, 1986, p. 739.

12) Pieroth, Bodo e Schlink, Bernhard, Heidelberg, 1987, p. 71.

9) Rp. nº 930, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, DJ 2.09.1977.

Após enfatizar que as *condições de capacidade* haveriam de ser somente as requeridas pelo interesse público, assentava o Ministro Moreira Alves, *verbis*:

"E terá sentido dizer-se que o inativo nos dois primeiros anos da inatividade, não tem, em razão do cargo que desempenhava na atividade, a independência necessária ao desempenho da advocacia? É evidente que não. Com efeito, sua posição a esse respeito é exatamente a mesma no dia seguinte ao da inatividade como dois, vinte, ou trinta anos depois. E qual a sua dependência com relação ao Estado para o efeito de pretender-se que o inativo continue, por dois anos, incompatibilizado com o exercício da advocacia ou impedido de advogar contra as Fazendas Federal, Estadual ou Municipal? O aposentado tem direito a proventos, mas se desliga do cargo, da função ou do emprego, extinguindo-se, de imediato, as relações funcionais com o Estado. Não tem sequer pretensões de ascensão. Como então dizer-se que continua ele sem independência nos dois primeiros anos? E o funcionário de sociedade de economia mista, que se aposenta como qualquer trabalhador de qualquer empresa privada, como contribuinte da Previdência Social? Mesmo os militares transferidos para a reserva ou reformados têm os mesmos deveres, antes de dois anos de afastamento, ou depois deles, e se o artigo 86 os tem como independentes para o exercício da advocacia após os dois anos, não há razão alguma para não tê-los naquele biênio. Mas qual a dependência do aposentado, que foi funcionário federal, com relação aos Estados e Municípios, para ser impedido de advogar contra as Fazendas destes nos primeiros anos da inatividade?¹³

O desenvolvimento do voto do eminente Magistrado, que veio a preponderar na decisão da Suprema Corte, está a demonstrar a relevância da *razoabilidade* para a aferição da legitimidade da lei.

Adiante, reconheceu-se a inconstitucionalidade da disposição, enfatizando-se a sua *inadequação, incongruência e irrazoabilidade*:

"Nem se alegue que o ter sido servidor público civil ou militar ou servidor autárquico ou de entidade paraestatal ou funcionário de sociedade de economia mista os impeça ou os incompatibilize de exercer a advocacia por dois anos, tendo em vista razões de ordem ética que se integrariam na capacidade moral, como aptidão, para esse exercício. Essa alegação somente poderia ser feita, evidentemente, com referência à pessoa jurídica de direito público a que tais servidores estiveram vincula-

dos, e assim não justificaria o impedimento que é o existente com relação a quaisquer pessoas jurídicas de direito público, nem muito menos como sucede com os militares e policiais militares - a incompatibilidade total para o exercício da advocacia. Mas, mesmo com relação à pessoa jurídica de direito público a que o servidor estivera vinculado, ela não pode ser exigida apenas de alguns e não de todos que estejam em situação análoga. De feito, não são todos os inativos que têm tal impedimento ou incompatibilidade. Os demitidos por pena ou exonerados a pedido não têm essas restrições. E por que não as têm, se o motivo do impedimento ou da incompatibilidade fosse o moral, em razão de ter sido, e o foram tanto os inativos como os demitidos ou exonerados? Porventura as relações de amizade pelo coleguismo anterior serão diferentes porque o colega se aposentou ou foi demitido ou pediu exoneração? E tem sentido que o que se demite para advogar, possa fazê-lo amplamente, e não o possa o que se aposentou? Aliás, se razões de ordem vinculadas à amizade ou à gratidão ou ao temor reverencial tivessem sido levadas em consideração pelo artigo 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, por que os agentes políticos, como o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Parlamentares, no minuto seguinte ao em que deixarem o cargo definitivamente podem advogar sem qualquer incompatibilidade ou impedimento, inclusive perante as pessoas jurídicas de direito público e contra elas? Considerações de capacidade moral não podem, portanto, justificar o artigo 86 do Estatuto da Ordem dos Advogados, uma vez que ofenderiam, sem a menor dúvida, o princípio constitucional de igualdade previsto no § 1º do artigo 153 da Constituição ¹⁴.

Tais precedentes parecem demonstrar que, também entre nós, procede-se, não raras vezes, à aferição da legitimidade das leis restritivas tendo em vista a sua *necessidade, adequação e proporcionalidade* ("*justa medida*").

Talvez a decisão proferida na Representação n. 1077, de 28.03.84, contenha um dos mais inequívocos exemplos de utilização do *princípio da proporcionalidade* ou da *proibição de excesso* entre nós, uma vez que do texto constitucional não resultava nenhuma limitação expressa para o legislador. Cuidava-se da aferição da constitucionalidade de dispositivos constantes da Lei nº 383, de 4.12.80, do Estado do Rio de Janeiro, que elevava, significativamente, os valores da taxa judiciária naquela unidade federada. Após precisar a natureza e as características da *taxa judiciária*, enfatizou o eminente Relator, Ministro Moreira Alves:

13) Rp. nº 1054, Relator: Min. Moreira Alves. RTJ 110:967.

14) Rp. nº 1054, Relator: Min. Moreira Alves. RTJ 110:967.

"Sendo - como já se acentuou - a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela - como toda taxa com caráter de contraprestação - um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o *quantum* da alíquota por esta fixado"¹⁵.

Fixada essa idéia de *equivalência razoável* entre custo do serviço e a prestação cobrada, concluiu o eminente Magistrado pela inconstitucionalidade do art. 118, da Lei estadual, que, de forma genérica, fixava em 2% sobre o valor do pedido o *quantum* devido pelo contribuinte, *verbis*:

(...) Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelas custas e emolumentos. Não estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores reais muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto"¹⁶.

Recentemente, viu-se o Supremo Tribunal Federal confrontado com a indagação sobre a proporcionalidade ou a razoabilidade de disposições constantes do direito estadual do Paraná (Lei nº 10.248, de 14.01.93) que fixavam as seguintes exigências:

"Art. 1º. É obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem GLP - Gás

Liquefeito de Petróleo, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro entregue e também do recolhido, quando procedida a substituição.

Parágrafo único - Para efeito do disposto no *caput* deste artigo, os Postos revendedores de GLP, bem como os veículos que procedam à distribuição a domicílio, deverão portar balança apropriada para essa finalidade.

Art. 2º - Verificada a diferença menor entre o conteúdo e quantidade líquida especificada no botijão ou cilindro, o consumidor terá direito a receber, no ato do pagamento, abatimento proporcional ao preço do produto.

Art. 3º - Caso se constate, na pesagem do botijão ou cilindro que esteja sendo substituído, sobra de gás, o consumidor será ressarcido da importância correspondente, através de compensação no ato do pagamento do produto adquirido".

Reconheceu-se, na ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de lesão ao princípio da proporcionalidade, como se pode depreender da seguinte passagem:

"Eis aí, pois, um outro fundamento igualmente suficiente para conduzir à invalidade da lei por ofensa ao princípio da razoabilidade, seja por ofensa ao princípio da razoabilidade, seja porque o órgão técnico já demonstrou a própria impraticabilidade da pesagem obrigatória nos caminhões de distribuição de GLP, seja porque as questionadas sobras de gás não lo cupletam as empresas distribuidoras de GLP, como se insinua, mas pelo método de amostragem, são levadas em conta na fixação dos preços pelo órgão competente, beneficiando, assim, toda a coletividade dos consumidores finais, os quais acabariam sendo onerados pelos aumentos de custos, caso viessem a ser adotadas as impraticáveis balanças exigidas pela lei paranaense" (fls. 83 do acórdão no pedido de cautelar da ADIN nº 855, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 01.10.93).

A Excelsa Corte acolheu essa fundamentação, para efeito de concessão da cautelar requerida. É o que se depreende da leitura do voto condutor proferido pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

"De sua vez, os esclarecimentos de fato - particularmente a manifestação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial - INMETRO, do Ministério da Justiça, são de múltipla relevância para este julgamento liminar.

Eles servem, de um lado, como proficientemente explorados na petição - não só para las-

15) Rp. nº 1077, Relator: Min. Moreira Alves. RTJ 112:34(58-59).

16) Rp. nº 1077, Relator: Min. Moreira Alves. RTJ 112:34(59).

trear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar, ao menos, provisoriamente - as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis - acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese - que não é de afastar - de que se venha ao final a declarar a inconstitucionalidade da lei" (fls. 88).

Essa simples colocação serve a demonstrar que um juízo seguro sobre a inadequação da medida ("de duvidosos efeitos úteis") e sobre a desproporção entre os ônus impostos aos particulares e os fins perseguidos afiguraram-se suficientes para legitimar a suspensão da norma de conteúdo restritivo.

Já no presente ano ocupou-se o Supremo Tribunal Federal com a argüição de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos e incisos, da Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993, que assim dispôs:

"Art. 5º - Poderá participar das eleições previstas nesta Lei o partido que, até 3 de outubro de 1993, tenha obtido junto ao Tribunal Superior Eleitoral, registro definitivo ou provisório, desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta Lei.

§ 1º - Só poderá registrar candidato próprio à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República:

I - o partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em pelo menos, um terço dos Estados; ou

II - o partido que conte, na data da publicação desta Lei, com representantes titulares na Câmara dos Deputados em número equivalente a, no mínimo, três por cento da composição da Casa, desprezada a fração resultante desse percentual; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha condição prevista em um dos incisos anteriores, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 2º - Só poderá registrar candidatos a Senador, Governador e Vice-Governador:

I - o partido que tenha atendido a uma das condições indicadas nos incisos I e II do parágrafo anterior; ou

II - o partido que, organizado na circunscrição, tenha obtido na eleição de 1990 para a

respectiva Assembléia ou Câmara Legislativa três por cento dos votos apurados, excluídos os brancos e nulos; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha uma das condições previstas nos incisos I e II deste parágrafo, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 3º - Até cinco dias a contar da data da publicação desta Lei, a Presidência da Câmara dos Deputados informará ao Tribunal Superior Eleitoral o número de Deputados Federais integrantes de cada bancada partidária naquela data.

§ 4º - Até 31 de dezembro de 1993, o Tribunal Superior Eleitoral divulgará a relação dos partidos aptos a registrar candidatos próprios às eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, e ainda daqueles que, em cada Estado e no Distrito Federal, poderão registrar candidatos para Senador, Governador e Vice-Governador."

O Tribunal acabou por declarar a inconstitucionalidade de todos os incisos do art. 5º, da Lei.

É interessante notar que, menos do que na idéia de uma liberdade de organização partidária ilimitada e ilimitável, o fundamento central da tese da inconstitucionalidade parece residir exatamente na falta de razoabilidade do critério fixado pelo legislador para restringir a atividade dos pequenos partidos.

Nesse sentido, afigura-se digno de registro o voto proferido pelo eminente Ministro Moreira Alves na decisão sobre deferimento da medida cautelar:

"(...) Depois de todos os votos que foram proferidos, o que se verifica é que as posições divergem em virtude de a Constituição, que foi tão pormenorizada muitas vezes em assuntos de menor relevância, em se tratando de partidos políticos foi estritamente genérica, adotando princípios gerais. O problema que surge, em face desses princípios gerais, principalmente em face do princípio de que a criação de partidos políticos é livre, é saber se pode haver ou não limitação à atuação dos partidos no tocante à apresentação de candidatos para cargos eletivos. É certo que essa lei não restringe totalmente, porque admite que partidos que não se enquadrem nos requisitos por ela previstos possam concorrer com candidatos aos mandatos de deputado e vereador. O problema, portanto (...) cinge-se a isto: saber se há a possibilidade de a lei razoavelmente limitar a atuação dos partidos, ou se essa limitação é impossível, tendo em vista a circunstância de que a lei não poderia, em face dos princípios gerais da Constituição sobre eles fazer qualquer limitação quanto à sua atuação".

Na decisão de mérito, o eminente Ministro Moreira Alves veio a concretizar a fundamentação esboçada no julgamento da liminar. Vale registrar o seu pronunciamento a propósito:

"A meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere, com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal.

A Constituição no seu art. 5º, inciso LIV - e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas - estabelece que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º que diz: 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.

Esse princípio constitucional que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atentem contra a razoabilidade.

Ora, esta lei, estes dispositivos que estão em causa são evidentemente dispositivos de exceção no sentido de dispositivos *ad hoc*, tendo em vista a circunstância de que partem de fatos passados, já conhecidos pelo legislador quando da elaboração da lei, para criar impedimentos futuros e, portanto, para cercear a liberdade desses partidos políticos.

Ora, Senhor Presidente, em face disso e não preciso estender-me mais a esse respeito, porque me basta esse aspecto, deixo de lado aquele outro problema mais delicado que é o de saber se realmente a Constituição permite ou não que a lei estabeleça, para o futuro, restrições a esse nosso pluripartidarismo (...). Fico apenas nesse outro que é o da falta de razoabilidade desse princípio.

Para ser rigorosamente lógico, eu deveria declarar a inconstitucionalidade, também, do *caput*. Mas o *caput*, a meu ver apresenta um aspecto ponderável no tocante ao problema da razoabilidade, que é justamente os dos partidos sem registro definitivo, pois para eles apresentarem aquilo que a Constituição considera que é um elemento de âmbito nacional, embora na realidade não seja, mas que pelo menos é o elemento de que se vale a Constituição com relação a mandato de segurança coletivo e com relação à ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu-se o mesmo critério: é preciso que haja representação no Congresso Nacional, qualquer que ela seja, porque aqui a representação é mínima.

De modo que acompanho, nesse particular, o Ministro Sydney Sanches e, agora, também, o Ministro Néri da Silveira, declarando inconstitucionais os parágrafos e incisos deste art. 5º.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal considerou que, ainda que o legislador pudesse estabelecer restrições ao direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos parecia manifestamente *inadequada* e, por conseguinte, desarrazoada.

Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (*inexigibilidade*), inadequação (*falta de utilidade para o fim perseguido*) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (*desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido*).

Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer que esse princípio tem hoje a sua *sedes materiae* no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

*Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade de Münster.