

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O PODER PÚBLICO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SUA APLICAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA, NOS PROCESSOS DISCIPLINARES E NA DESAPROPRIAÇÃO

Juliane Stival[†]

Resumo: O princípio da proporcionalidade, como princípio geral de direito, é aplicável no direito administrativo brasileiro, inclusive nos procedimentos administrativos fiscal, disciplinar e desapropriatório. Tal como definido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, subdivide-se em três subprincípios: (a) da adequação entre meios e fins: exige relação de pertinência entre os meios escolhidos e os fins colimados; (b) da necessidade: corresponde ao direito do cidadão a ter a menor desvantagem possível, ou seja, quando há mais de uma alternativa ao Estado – e geralmente há – ele deve optar em favor daquela que menos afete os interesses do cidadão, e (c) da proporcionalidade em sentido estrito: reside no questionamento sobre se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Em um Estado Social e Democrático de Direito, é dever do legislador (em abstrato) e do administrador (em concreto) a prática da proporcionalidade. Não se trata de supressão do poder de escolha do administrador, o que retiraria a competência própria do Poder Executivo de promover políticas públicas, mas sim da

[†] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS; Especialista em Direito Público pela Faculdade Processus, Brasília/DF; Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/RS; Analista Judiciária do Superior Tribunal Militar – STM. E-mail: (juliane@stm.jus.br).

exigência de que a escolha do administrador seja dotada de legitimidade e, para tanto, é indispensável que, dentre outras mudanças de postura, se adote o princípio da proporcionalidade como fio condutor da conduta dos agentes administrativos.

Palavras-Chave: Princípio da Proporcionalidade. Processos administrativos: fiscal, disciplinar e desapropriação.

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND PUBLIC POWER: SOME CONSIDERATIONS ABOUT YOUR APPLICATION IN TAX AUDIT PROCEDURES, IN DISCIPLINARY PROCEEDINGS AND IN EXPROPRIATION

Abstract: The principle of proportionality, as a general principle of law, applies in Brazilian administrative law, including the administrative fiscal, discipline and expropriation. As defined by the Constitutional Court of Germany, divided into three subprinciples: (a) the fit between means and ends: relevance requires relationship between means and ends chosen collimated, (b) the need: the right corresponds to citizen to have the least possible disadvantage, in other words, when more than one alternative to the state - and usually is - it should opt in favor of that which least affects the interests of citizens, and (c) proportionality in the strict sense: reside in questions about whether the results obtained with the intervention is proportional to the load of the same coercive. In a social and democratic state of law, it is the duty of the legislature (in the abstract) and administrator (concrete) practice of proportionality. This is not to abolish the administrator's power of choice, which would remove the jurisdiction of the executive branch to promote public policies, but the requirement that the administrator chooses to be given legitimacy and, therefore, it is essential that, among other

changes in posture, we adopt the principle of proportionality as a guide the conduct of administrative agents.

Keywords: Principle of proportionality. Administrative processes: fiscal, discipline and expropriation.



1 INTRODUÇÃO.

Apontado por alguns autores¹ como o princípio mais importante dentre os princípios jurídicos, o princípio da proporcionalidade, embora implícito na Constituição Federal Brasileira de 1988, tem sido bem desenvolvido, pela doutrina e jurisprudência pátrias, como uma espécie de princípio geral de direito voltado, na esfera do direito administrativo, à salvaguarda do cidadão e de toda a sociedade contra arbitrariedades do poder, decorrentes de ações ou omissões das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, seja em abstrato, seja *in concreto*.

Da mesma forma que a dignidade humana – alçada à condição de princípio (e valor) fundamental pelo constituinte brasileiro de 1988² -, possui como uma das suas características a horizontalidade, ou seja, a sua aptidão para ser aplicado, como técnica hermenêutica, em todas as áreas do direito, da esfera cível à penal, por exemplo. Essa capilaridade levou a alguns, no Brasil, a o elevarem à categoria de sobreprincípio ou, ainda, na definição apresentada por Humberto Ávila, de

¹ Afirmação de Ana Cláudia Redecker (1999).

² Sobre o *status* jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana no âmbito do ordenamento constitucional brasileiro, vide Ingo Wolfgang Sarlet (2011).

postulado limitador de 2ª geração, decorrente do “caráter principal das normas jurídicas, cuja aplicação garante a eficácia máxima dos bens jurídicos imbricados”³.

Reconhecendo o princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito, aplicável, portanto, no direito administrativo brasileiro, busca-se, no presente artigo, especular acerca de como se dá, ou deveria se dar, essa aplicação, sobretudo nos processos administrativos fiscal, disciplinar e desapropriatório, esclarecendo, desde logo, que o que se defende aqui é a sua plena observância pelo administrador. A escolha destes três âmbitos de atuação não é aleatória: é que, especialmente nessas searas, na prática dos atos administrativos, ainda não se observa, na grande parte dos casos, o princípio da proporcionalidade. Quando o assunto é fiscalização tributária, sanção disciplinar e desapropriação, a conduta do administrador, infelizmente, ainda se pauta, via de regra, pelo primado poder-dever – calcado na idéia de poder de império do poder público, que legitima, desde o regime militar até os dias de hoje, condutas arbitrárias - ao invés de avançar para o conceito de dever-poder, no qual se inserem, harmonicamente, os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, conforme será tratado a seguir.

2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CONCEITO.

Decorrente do princípio fundamental do Estado de Direito⁴, que não permite o exercício do poder estatal de forma arbitrária, abusiva ou excessiva, o princípio da proporcionalidade, tal como definido pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, repousa na seguinte idéia:

³ Denominação “postulado da proporcionalidade” extraída de Humberto Ávila (2010).

⁴ MELLO, Cláudio Ari. *O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional*. Revista do Direito, v.2, nº 2. Uruguaiana: PUCRS, 2002.

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental⁵.

Dele decorrem, pelo menos, três subprincípios⁶, desenvolvidos pela doutrina germânica, cuja observância é obrigatória para se reconhecer a proporcionalidade ou não da conduta omissiva ou comissiva:

(a) *o subprincípio da adequação entre meios e fins*: exige relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo legislador (em abstrato) ou pelo administrador (em concreto) e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo;

(b) *o subprincípio da necessidade*: corresponde ao direito do cidadão a ter a menor desvantagem possível, ou seja, quando há mais de uma alternativa ao Estado – e geralmente há – ele deve optar em favor daquela que menos afete os interesses do cidadão, e

(c) *o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*: reside no questionamento sobre se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Busca evitar que se utilizem meios, embora idôneos, que causem maiores desvantagens do que as vantagens do fim.

A análise da observância dos três subprincípios deverá

⁵ Definição extraída do mestre PAULO BONAVIDES, 2005, p. 409-410.

⁶ FREITAS, Juarez. *Responsabilidade objetiva do Estado, Proporcionalidade e Precaução*. Direito & Justiça (Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), v. 31, ano XXVII, nº 1, Porto Alegre: EDIPUCRS, junho 2005.

ser sequencial, o que significa que, somente se o meio escolhido for adequado para o fim colimado é que se passará para a análise da necessidade e, da mesma forma, somente após confirmada a necessidade, se ingressará na proporcionalidade em sentido estrito⁷.

Heinrich Scholler (1999) aponta que, no seu entender, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito acabou tendo, no direito alemão, importância preponderantemente teórica, pois, para se evitar restrições desarrazoadas, poder-se-á utilizar o princípio fundamental da dignidade humana. Embora a afirmação do respeitável autor alemão possa fazer sentido no sistema jurídico germânico – não se está afirmando que realmente faz -, no Brasil, a importância prática do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é evidente. Buscar evitar que o Poder Público utilize meios, embora idôneos, que causem maiores desvantagens do que as vantagens do fim, com base tão-somente na dignidade da pessoa humana, seria, salvo melhor juízo, elastecer em demasia este princípio fundamental, o que, ao final, acabaria por enfraquecê-lo. Nos casos em que a administração municipal analisa pedido de autorização para a realização de um evento em certa localidade, por exemplo, a medida custo-benefício representada pela proporcionalidade em sentido estrito vale muito mais do que a própria dignidade da pessoa humana, exceto, claro, para os casos em que a o evento em si esteja relacionado, de alguma forma, com tal valor fundamental, como é o famoso caso do “lançamento de anão” da jurisprudência francesa.

3 DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

⁷ ALBECHE, Thiago Sólton Gonçalves. *Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Revista do Direito, v. 3, n. 3. Uruguiana: PUCRS, 2003.

Seria uma grande impropriedade afirmar sobre a não aplicação do princípio da proporcionalidade no direito administrativo, inclusive o brasileiro. Isso porque, seu surgimento, na Alemanha, esteve ligado ao poder de polícia do Estado e na necessidade de limitação da atuação do Poder Executivo frente às liberdades individuais e, somente depois, adquiriu estatura constitucional e ampliou-se para todos os ramos do direito⁸. Não é a toa que surgiu no âmbito do direito administrativo, uma vez que, via de regra, a Administração Pública tem que lidar com questões complexas, que envolvem vários centros de interesses contrapostos⁹.

No Brasil, a democratização e a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 alicerçaram um novo modo de compreensão do direito, no qual o princípio da proporcionalidade figura como um dos princípios-chave da atividade administrativa e indispensável para o ordenamento jurídico-administrativo do regime democrático que se passou a construir. Outras foram as mudanças que se estabeleceram com a superação da era positivista, que denotam a dimensão sistêmica do ordenamento jurídico, dentre elas, a compreensão do princípio da legalidade para além da atividade administrativa como um “direito por regras” e o afastamento da discricionariedade como um sinônimo de imunidade administrativa, com sua vinculação aos princípios¹⁰.

Os atos praticados pelo administrador, portanto, sobretudo no direito administrativo contemporâneo, estão umbilicalmente ligados com o princípio da proporcionalidade.

⁸ SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*. Tradução por SARLET, Ingo Wolfgang. Interesse Público, ano 1, nº 2. São Paulo: Notadez, abril/junho de 1999, p. 93.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62.

¹⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006, pp. 28-37.

Isso, em especial, porque os poderes de que este dispõe, em verdade, nada mais são do que instrumentos para a concretização de seus deveres, ou seja, só existem os poderes porque antes deles vêm os deveres, os quais serão, através daqueles, implementados. Conforme bem retratado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2000), o que existe, em direito administrativo, são os deveres-poderes e não os poderes-deveres, diferentemente do que ainda defendem alguns visando atribuir legitimidade à atividade administrativa desenvolvida de forma arbitrária e sem a observância da finalidade legal.

Dentre esses deveres, há o à boa administração – que não é apenas moral ou de ciência da administração, mas jurídico -, que não coaduna com a prática de atos de conteúdo desproporcional, ou seja, que não possuam adequação/correlação, com os fatos em que se embasaram, os quais constituem a figura do “desvio de poder” (versão do direito público do abuso de direito no direito privado). A lei sempre impõe um comportamento ótimo para a administração, o que significa a admissão, tão-somente, de condutas capazes de satisfazer excelentemente a finalidade legal.

Em um Estado Social e Democrático de Direito, é dever do legislador (em abstrato) e do administrador (em concreto) a prática da proporcionalidade. Assim, quanto aos atos administrativos, ao agente controlador e à própria autoridade administrativa que o praticou caberá analisar se o meio adotado é apto à produção do fim almejado, se não havia outro meio também adequado que causasse menos prejuízo ao administrado/cidadão e, finalmente, se o sacrifício imposto a um direito foi proporcional ao benefício alcançado.

Cabe assinalar que há diferença na aplicação do princípio da proporcionalidade nas esferas legislativa e administrativa. O princípio da proporcionalidade é integrante do Estado de Direito e, portanto, vincula a atuação tanto do legislador quanto do administrador, porém, de maneira diferenciada. Ao

legislador se concede uma margem bem maior de arbítrio para tomar decisões. Isso porque ele trata das hipóteses, ou seja, das situações em abstrato. Já, ao administrador, que atua, em regra, diante de ameaças e agressões concretas a bens jurídicos tutelados, a margem de arbítrio é mais reduzida. Esse tratamento diferenciado decorre de uma presunção de confiabilidade que detém o Poder Legislativo mas não é atribuída ao administrador, que resultará, em termos práticos, em soluções distintas em casos de dúvidas acerca da adequação e necessidade das hipóteses fixadas como referencial: o legislador não precisará demonstrar essa correção enquanto o administrador sim.¹¹

3.1 NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Conforme mencionado alhures, tanto a atividade do Poder Legislativo quanto a do Poder Executivo devem ser controladas pela proporcionalidade, porém o tratamento dado a cada um deles será diferenciado. No entanto, o que interessa, neste ponto do ensaio, é a atuação do agente da administração na atividade fiscalizatória tributária, ou seja, a conduta da autoridade administrativa diante da norma e do caso concreto, e não a do legislador por ocasião da elaboração do texto legal.

O princípio da proporcionalidade, representado pelos três subprincípios dele decorrentes, deverá ser observado por qualquer agente administrativo, donde se extrai que os fiscais tributários (a) não podem adotar medidas que não sejam adequadas para atingir um fim; (b) devem escolher, dentre as medidas pontuadas como adequadas, obrigatoriamente, aquela que menos restringir os direitos do contribuinte; e (c) não deverão adotar medidas cujas vantagens jurídicas não superem

¹¹ SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*. Tradução por SARLET, Ingo Wolfgang. Interesse Público, ano 1, nº 2. São Paulo: Notadez, abril/junho de 1999, pp. 97-98.

as desvantagens provocadas pela sua adoção.

Para materializar a discussão, traz-se à baila uma questão ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal - STF – com repercussão geral reconhecida – que envolve a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, no tocante à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas (Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 601.314-0/SP). Conforme já exposto, a questão aqui posta para reflexão não se refere à constitucionalidade da norma abstratamente considerada, mas sim perquirir acerca de como deverá agir a autoridade administrativa, considerando o princípio da proporcionalidade, quando da adoção da medida ali propugnada.

Suponha-se que o STF entenda pela constitucionalidade do texto normativo. Isso significará, tão-somente, que houve a chancela da conduta do Poder Legislativo, que instituiu medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, apta, portanto, a alcançar, legitimamente, o objetivo: a apuração de créditos tributários.

Porém, ainda resta o compromisso da autoridade administrativa com a proporcionalidade em seus três subprincípios. Pode-se concluir, hipoteticamente, que a autoridade administrativa, com facilidade, entenderá que a medida instituída – o fornecimento de dados pelas instituições financeiras – é adequada, ou seja, é apta para produzir a finalidade, o que o permitirá avançar para a análise da superação dos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Ao que tudo indica, especialmente com relação à necessidade, a tarefa passará a não ser de singela execução.

Para apurar a necessidade da medida, o agente administrativo terá que responder à seguinte pergunta: há ou

não um meio alternativo para se alcançar o fim que restrinja em menor medida o direito fundamental afetado? A resposta dependerá do caso concreto, das particularidades pessoais e das circunstâncias que envolvem a questão. Somente com a análise desses elementos é que poderá a autoridade administrativa concluir acerca da possibilidade de se adotar meio menos gravoso para o contribuinte – análise dos registros contábeis, por exemplo – para atingir o mesmo fim. Dependendo do caso concreto, portanto, a adoção da medida do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 poderá ou não superar o crivo da necessidade.

Por fim, seguindo ainda na aplicação *in concreto* da medida prevista no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, caso ultrapasse a fase da necessidade, chegará a vez do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse momento, o questionamento será o seguinte: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio?¹² A resposta, para o caso do fornecimento de dados para a Receita Federal por instituições financeiras, salvo alguma particularidade do caso concreto, acredita-se que será a de que a medida traz mais benefícios do que malefícios e, superaria, portanto, o crivo da proporcionalidade em sentido estrito.

Nossos tribunais têm se deparado, diariamente, com questões envolvendo o princípio da proporcionalidade e a conduta de fiscais tributários. A 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, analisando caso em que autoridade aduaneira, em procedimento especial de fiscalização, reteve mercadorias por prazo superior ao máximo de prorrogação do art. 69 da IN 206/2002, sem qualquer informação que dê conta da lavratura de auto de infração para aplicação da pena de perdimento às mercadorias em questão, entendeu que a providência adotada é desproporcional porque o grau de

¹² Questão formulada nestes termos por Humberto Ávila (2010), p. 423.

afetação do direito fundamental à propriedade é maior do que o grau de proteção dos interesses do Erário (proporcionalidade em sentido estrito), determinando que se liberasse as mercadorias apreendidas independentemente do pagamento de caução.¹³

Seguindo no procedimento especial de controle aduaneiro previsto nos arts. 65 a 69 da IN 206/2002¹⁴, suponha-se que a autoridade administrativa se depare com a

¹³ Apelação/Reexame Necessário nº 5003589-30.2010.404.7108/RS, TRF da 4ª Região.

¹⁴ São os dispositivos: "Art. 65. A mercadoria introduzida no País sob fundada suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento ou que impeça seu consumo ou comercialização no País, será submetida aos procedimentos especiais de controle aduaneiro estabelecidos neste título.

Parágrafo único. A mercadoria submetida aos procedimentos especiais a que se refere este artigo ficará retida até a conclusão do correspondente procedimento de fiscalização, independentemente de encontrar-se em despacho aduaneiro de importação ou desembaraçada.

Art. 66. As situações de irregularidade mencionadas no artigo anterior compreendem, entre outras hipóteses, os casos de suspeita quanto:

I - à falsidade na declaração da classificação fiscal, do preço efetivamente pago ou a pagar ou da origem da mercadoria, bem assim de qualquer documento comprobatório apresentado;

(...)

§ 1º As suspeitas da fiscalização aduaneira quanto ao preço efetivamente pago ou a pagar devem estar baseadas em elementos objetivos e, entre outras hipóteses, na diferença significativa entre o preço declarado e:

I - os valores usualmente praticados em importações de mercadorias idênticas ou similares;

II - os valores indicados em cotações de preços internacionais, publicações especializadas, faturas comerciais pro forma, ofertas de venda etc.;

III - os custos de produção da mercadoria;

IV - os valores de revenda no mercado interno, deduzidos os impostos e contribuições, as despesas administrativas e a margem de lucro usual para o ramo ou setor da atividade econômica.

(...)

Art. 69. As mercadorias ficarão retidas pela fiscalização pelo prazo máximo de noventa dias, prorrogável por igual período, em situações devidamente justificadas.

Parágrafo único. Afastada a hipótese de fraude e havendo dúvidas quanto à exatidão do valor aduaneiro declarado, a mercadoria poderá ser desembaraçada e entregue mediante a prestação de garantia, determinada pelo titular da unidade da SRF ou por servidor por ele designado, nos termos da norma específica."

seguinte situação: haja fundada suspeita de que o importador de produto perecível, do tipo alimentício, com período de validade inferior a 90 dias, tenha falsificado, na declaração da classificação fiscal, o preço efetivamente pago ou a pagar pelos produtos, com o objetivo de recolher menos imposto (situação prevista no art. 66, I, da IN 206/2002). A retenção de tais mercadorias resultaria inevitavelmente na perda dos produtos e, por isso, embora medida formalmente adequada, não sobreviveria ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que, da mesma forma que o caso julgado exemplarmente pela 1ª Turma do TRF da 4ª Região, o grau de afetação do direito fundamental à propriedade seria maior do que o grau de proteção dos interesses do Erário.

3.2 NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

O processo administrativo disciplinar é o instrumento veiculador do poder disciplinar da Administração, que se traduz na responsabilização dos agentes públicos, quando faltem com seu dever de bem desempenhar sua função, com o objetivo de regularidade e continuidade do serviço público, tendo como mote o interesse público envolto na questão¹⁵.

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, impõe à Administração Pública a obediência ao princípio da proporcionalidade (art. 2º, *caput*) e estabelece que deverá ser observado o critério de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (art. 2º, parágrafo único, inciso VI).

Positivados estão, portanto, os três subprincípios do princípio da proporcionalidade no estatuto legal que regula o

¹⁵ Sobre objetivação do processo administrativo disciplinar, Sebastião José Lessa, 2005, p. 174.

processo administrativo disciplinar: o processo administrativo disciplinar deve ser meio adequado/apto para a finalidade almejada, qual seja, o bom andamento do serviço público; dentre as opções de penalidades previstas no regramento do procedimento administrativo suficientes para o alcance da finalidade, a escolhida/aplicada deve ser a que menos afeta os interesses do atingido; e, por fim, o resultado obtido com a intervenção deve ser proporcional à carga coativa da mesma, ou seja, sob o ponto de vista do interesse público, o resultado do processo administrativo disciplinar deve apresentar menores desvantagens do que as vantagens do fim.

Independentemente de entrar na discussão acerca de ser a sanção disciplinar matéria afeta ao mérito do ato administrativo ou um dos aspectos de legalidade do ato¹⁶ – questão que assume importância maior quando o tema é especificamente sindicabilidade judicial – o que não há como afastar é o entendimento de que a aplicação de sanções disciplinares sem a observância do princípio da proporcionalidade afeta o poder disciplinar em sua expressão axiológica: a normalidade do serviço público, e não pode ser tolerada.

Nessa linha, tem-se vários exemplos de julgados que afastaram sanções disciplinares desproporcionais. Citam-se apenas dois, bastante recentes, a título ilustrativo: em caso de servidor público que cumulava função de gerência de empresa privada, entendeu a 1ª Turma do STJ ser desproporcional a pena de demissão aplicada, pois, além da ausência de prejuízo ao INSS, não houve efetiva comprovação do desempenho de atos de gerência ou má-fé do servidor (AgRg no REsp 1264526/RS); em mais uma pena de demissão de servidor público por realizar advocacia administrativa, da mesma forma, considerando (a) a ausência de gravidade da atuação, que não importou em lesão aos cofres públicos nem em valimento do cargo em proveito próprio ou de outrem, mas sim na

¹⁶ Diferenciação doutrinária trazida por José Armando da Costa, 2008, p. 103.

manutenção dos benefícios efetivamente devidos à outra servidora; (b) que não houve intermediação ilícita junto a outros agentes da Administração; bem como (c) que não lhe foi imputada a prática de qualquer outra infração disciplinar e que não consta a existência de maus antecedentes funcionais, entendeu a 3ª Seção do STJ que a demissão importou em ofensa ao princípio da proporcionalidade (MS 14993 / DF).

3.3 NO PROCEDIMENTO DESAPROPRIATÓRIO.

O instituto da desapropriação apresenta singular importância em razão de que decorre de uma hierarquização axiológica realizada pelo constituinte, entre dois direitos fundamentais: o direito de propriedade expresso no art. 5º, XXII, e a função social da propriedade (art. 5º, XXIII), onde se estabeleceu dar maior valor, abstratamente, ao último, donde se pode extrair o seguinte preceito, já consagrado pela doutrina e jurisprudência pátrias: é garantido o direito de propriedade, desde que essa atenda a sua função social.

O resultado dessa hierarquização de valores resulta na supressão do direito quando há interesse público que prepondere, obviamente, mediante indenização. Sendo instrumento viabilizador de supressão da propriedade, tem que ser visto como ferramenta de exceção, somente admitida quando presentes os pressupostos constitucionais autorizadores. Dentre eles, há de se considerar a necessária observância ao princípio da proporcionalidade.

Tal exigência não significa impor amarras não legítimas à atuação administrativa. Antes pelo contrário, permite que o administrador evite usar de medidas arbitrárias, em nome do interesse da coletividade. Não se pode esquecer que os poderes conferidos ao administrador são deveres-poderes e que a justificativa para o exercício do poder é a concretização das finalidades constitucionais.

A obediência ao princípio da proporcionalidade durante todo o procedimento desapropriatório, além de ir ao encontro dos interesses da coletividade, é uma garantia ao proprietário, visto individualmente, de que não irá sofrer a eliminação de um direito de estatura constitucional – o da propriedade – de maneira arbitrária e ilegal.

Embora o procedimento desapropriatório se dê, em parte, via processo judicial, regulamentado através da Lei nº 4.132/62, o que está em foco neste artigo é a conduta do administrador anterior ao decreto desapropriatório, mais especificamente quando se irá definir o motivo e o objeto expropriatório.

Nesse momento, caberá à autoridade administrativa, especialmente nos casos de desapropriação de caráter não punitivo, responder as seguintes perguntas: (a) a desapropriação é um meio adequado para atingir a finalidade? (b) dentre os meios adequados, é o que menos restringe direitos? e (c) o benefício proporcionado pela desapropriação é maior ou menor do que os prejuízos?

O tripé de subprincípios da proporcionalidade, aplicado na desapropriação, foi bem desenvolvido por CARVALHO FILHO (2009, p. 83-84), nos seguintes termos:

O controle expropriatório exercido pela aplicação do princípio da proporcionalidade reclamará o exame dos três elementos componentes do princípio.

Primeiramente, caberá ao intérprete verificar se a desapropriação condiz com o componente da adequação. Aqui é preciso analisar se o motivo da desapropriação guarda consonância com os fins almejados pela Administração. Um exemplo pode esclarecer essa forma de controle. Se o Poder Público aponta como motivo expropriatório a necessidade de dividir uma área em terrenos

menores para oferecê-la a possuidores, sendo essa área incluída em região de proteção ambiental, ausente estará a adequação, porque o motivo invocado pelo administrador não se mostra adequado ao fim por ele pretendido. Desse modo, embora possa estar formalmente legitimada, a desapropriação, na referida hipótese, ofende ao princípio da proporcionalidade, devendo ser anulada ou, se for o caso, interrompida.

O segundo aspecto a ser analisado é o relativo à exigibilidade, que, como visto acima, tem o sentido de considerar abusiva a conduta administrativa de caráter restritivo quando a restrição provocar maior gravame aos indivíduos do que a Administração precisaria para alcançar a sua finalidade. Em outras palavras, a meta administrativa deve ser perseguida com a menor densidade possível do ônus a ser imposto aos indivíduos. É nesse aspecto específico que se vislumbra a proporcionalidade reclamada na ação administrativa.

Sirva de exemplo para a ofensa ao princípio, no que tange ao componente de exigibilidade, a desapropriação processada com o objetivo de instalação de equipamentos técnicos para certo serviço público, quando para esse objetivo seria bastante a imposição de servidão administrativa. Este instrumento, cujo ônus para o proprietário tem menor densidade, seria suficiente para o fim administrativo, sendo, portanto, excessivo o recurso ao processo expropriatório. No fundo, pretende-se evitar que o emprego do poder administrativo traduza mero desprezo aos bens particularmente afetados, numa conduta de total insensibilidade

perante o direito dos administrados.

O último componente do princípio a ser verificado reside na proporcionalidade em sentido estrito, devendo ser observado se as vantagens a serem obtidas pela conduta administrativa superam efetivamente as desvantagens. De fato, a vantagem por si só não indica que tenha que ser conquistada de qualquer modo. Afinal, se em certa ação, desvantagens têm maior densidade que as vantagens, estas acabam por converter-se naquelas. Nesse ponto, assiste razão a Canotilho: ‘Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim’.

Vulnerado estaria esse componente, por exemplo, se a desapropriação tivesse por alvo a instalação de equipamentos de diversão infantil em local ocupado por vários proprietários de baixa renda. As desvantagens relativas à perda desses proprietários em muito superariam as vantagens decorrentes do objetivo alvitado pela Administração, sobretudo quando se pode supor que esse objetivo poderia ser alcançado em outros locais. Haveria, por conseguinte, nítida violação ao princípio da proporcionalidade.

Na mesma linha exemplificativa, pode-se afirmar que, embora preenchesse os requisitos formais da desapropriação, um ato administrativo que objetivasse desapropriar área onde funcione uma escola privada para a instalação de um órgão administrativo que estivesse sendo criado ou em processo de expansão, como um órgão municipal de gestão e fiscalização do trânsito, por exemplo, violaria, à primeira vista, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Por mais nobre que seja a gestão municipal, sobretudo a relacionada ao

trânsito, as desvantagens para uma comunidade da desinstalação de uma unidade de ensino, mesmo que privada, supera, *a priori*, as vantagens da alocação de um órgão de gestão administrativa, restando desrespeitado, portanto, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Objetivando não repetir conclusões parciais já consignadas, algumas considerações merecem ser destacadas a título de encerramento deste artigo. Reconhece-se que, em termos de controle judicial e extrajudicial dos atos administrativos, muito se avançou nos últimos tempos, e, nesse contexto, tem-se chancelado apenas as condutas não violadoras do princípio da proporcionalidade. Entretanto, infelizmente, muitos administradores ainda atuam sem considerá-lo, utilizando a forma tradicional e já superada de gerir o que é público, que não se coaduna com a nova visão que se está a instaurar. Prova disso é a frequência que os órgãos de controle anulam atos administrativos por desrespeito à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

É principalmente em razão dessa postura inadequada que se justifica o presente artigo, cuja elaboração objetiva contribuir com a mudança de cultura do administrador público, refletida na incorporação imediata e em definitivo do princípio da proporcionalidade no dia a dia das instituições. Isso porque, mais importante do que corrigir judicialmente o ato administrativo que não observa o princípio da proporcionalidade é que não existam mais tais atos, principalmente em razão das limitações que a correção judicial traz consigo: (a) nem sempre se consegue alcançar o *status quo ante*, restando apenas a indenização dos eventuais danos; (b) a atuação jurisdicional depende da iniciativa do envolvido ou dos órgãos de controle, nunca atingindo um patamar ótimo acerca

da quantidade dos atos administrativos sindicados judicialmente. Sem falar que a adoção de uma melhor *práxis* administrativa contribuiria significativamente para “desafogar” o Poder Judiciário, auxiliando na construção de um sistema jurisdicional mais eficiente.

Mesmo que assim não fosse, ou seja, mesmo que o controle judicial e extrajudicial funcionassem de forma ótima, a não incorporação do princípio da proporcionalidade como fio condutor da conduta administrativa por seus agentes representaria, ainda, um grave problema: a contribuição para a não efetivação do Estado Social e Democrático de Direito que se buscou construir a partir da promulgação da nossa Constituição Cidadã. Nesse sentido, sugere-se que o princípio da proporcionalidade irradie seus efeitos para além dos casos ora trazidos (procedimentos fiscal, disciplinar e desapropriação). Ao ponderar acerca da concessão ou não de licença para o exercício de uma determinada atividade, por exemplo, a autoridade administrativa somente deverá permiti-la se for razoável, no sentido apresentado por Dworkin, para quem “uma atividade é desarrazoada quando o custo marginal para aquele que deixa de praticá-la for inferior ao custo dos danos que ela ameaça causar aos outros”¹⁷.

É importante esclarecer que não se está defendendo a supressão do poder de escolha do administrador, o que retiraria a competência própria do Poder Executivo de promover políticas públicas. O que se postula é que a escolha do administrador seja legítima, ou seja, se dê através de meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito.

A ampla sindicabilidade dos atos administrativos, que vai além do aspecto formal, evita, sobremaneira, que se camuflem, intencionalmente ou não, desvios de conduta do agente público e, portanto, deve ser festejada e implementada.

¹⁷ Conceito de atividade arrazoada extraída da obra *O império do direito*, de Ronald Dworkin (1999), p. 339.



REFERÊNCIAS

- ALBECHE, Thiago Sólton Gonçalves. Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Revista do Direito, v. 3, n. 3. Uruguaiana: PUCRS, 2003.
- ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. A desapropriação e o princípio da proporcionalidade. In: Interesse Público, ano 11, nº 53. Belo Horizonte: Editora Fórum, jan/fev 2009, p. 69-90.
- COSTA, José Armando da. Direito Disciplinar: Temas Substantivos e Processuais. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FREITAS, Juarez. Responsabilidade objetiva do Estado, Proporcionalidade e Precaução. Direito & Justiça (Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), v. 31, ano XXVII, nº 1, Porto Alegre: EDIPUCRS, junho 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LESSA, Sebastião José. Temas práticos de Direito Administrativo Disciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- MELLO, Cláudio Ari. O princípio da proporcionalidade no

- Direito Constitucional. Revista do Direito, v.2, nº 2. Uruguaiana: PUCRS, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discrecionalidade e Controle Judicial. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.
- REDECKER, Ana Cláudia. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. Direito & Justiça (Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), v. 20, ano XXI. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução por SARLET, Ingo Wolfgang. Interesse Público, ano 1, nº 2. São Paulo: Notadez, abril/junho de 1999.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1264526/RS, Relator Min Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe de 28/10/2011.
- _____. Mandado de Segurança nº 14993/DF, Relator Min Maria Thereza de Assis Moura. 3ª Seção. DJe de 16/06/2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 601.314-0/SP. DJe nº 218, divulgação 19/11/2009, publicação 20/11/2009.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Apelação/Reexame Necessário nº 5003589-30.2010.404.7108/RS, Relator Des. Joel Ilan Paciornik,

1ª Turma, sessão de 21/09/2011.