

O PROPORCIONAL E O RAZOÁVEL: A CONTRIBUIÇÃO PIONEIRA DE RUI BARBOSA AO ESTUDO DO CRITÉRIO DA NECESSIDADE E DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Hidemberg Alves da FROTA¹

Resumo: O presente artigo almeja demonstrar a pertinência de pesquisa realizada por Rui Barbosa na década de 1910 para a apreciação de polêmicas atuais envolvendo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de correlacionar tal estudo do jurista baiano com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concernente à inconstitucionalidade de leis a imporem limitações geográficas à fixação de novas drogarias e farmácias.

Palavras-chaves: proporcionalidade, necessidade e razoabilidade; Rui Barbosa; liberdade de iniciativa econômica, de empresa e de concorrência.

Abstract: *This paper aims to demonstrate the relevance of research carried out by Rui Barbosa in the 1910s for the assessment of current controversies involving the principles of reasonableness and proportionality and correlates this study of Bahian lawyer with the jurisprudence of the Supreme Court concerning the constitutionality of laws to impose geographical limitations to the establishment of new drugstores and pharmacies.*

Keywords: *proportionality, necessity and reasonableness; Rui Barbosa; freedom of economic initiative, free enterprise and free competition.*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo consubstancia homenagem a Rui Barbosa, ao demonstrar o pioneirismo e a atualidade de pesquisa realizada pelo ilustre jurista

¹ Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas. Pesquisador em Direito. E-mail: hidemberg_frota@yahoo.com.br.

baiano corporificada no memorial forense *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*.

Pioneirismo, porque, décadas antes dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* (bem como do subprincípio da *necessidade*) ingressarem na pauta do debate jurídico brasileiro, o ideólogo da Constituição de 1891, no exercício do seu múnus advocatício, consultava precedentes judiciais anglo-saxônicos do final do século XIX e do início do século XX relativos à *razoabilidade* da interdição da liberdade comercial e à *necessidade* dessa interveniência na liberdade de empresa não ultrapassar a fronteira do *necessário*.

Atualidade, já que, decorridas quase uma centúria após o advento de tal estudo, viceja na dogmática pátria vigorosa controvérsia acerca dos pontos de convergência entre os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

A par disso, tal contributo de Rui Barbosa às letras jurídicas nacionais serve de ensejo para se analisarem precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos à inconstitucionalidade de leis a imporem limitações geográficas à fixação de novas drogarias e farmácias.

Em suma, a propósito do resgate histórico dessa parcela do legado intelectual ruiano, buscou-se trazer à tona determinadas questões contemporâneas relacionadas à seara do proporcional, do razoável e do necessário, bem como da interdição da liberdade empresarial e de concorrência.

2. O PROPORCIONAL E O RAZOÁVEL: A ATUALIDADE DO TEMA NA DOUTRINA BRASILEIRA

2.1 A diversidade temática

No Brasil, mostra-se expressiva a quantidade de trabalhos monográficos publicados em formato de livros-texto e dedicados *especificamente ao princípio da proporcionalidade*, elenco a abranger as mais diversas áreas e temáticas jurídicas. Exemplos:

(a) *Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito*. A incidência do *princípio da proporcionalidade* no controle de constitucionalidade das *leis restritivas* de direitos

fundamentais², no controle dos atos legislativos³, na *ponderação racional* ante a colisão de direitos fundamentais⁴, na interpretação constitucional⁵ e na quebra do sigilo bancário⁶. O princípio da proporcionalidade na *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*⁷ e no *Estado Democrático de Direito*⁸, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹. O *significado* e a *aplicação prática* do princípio da proporcionalidade¹⁰. O princípio da proporcionalidade fundamentado na concepção *grega* de *justiça*¹¹. O princípio da proporcionalidade como princípio jurídico¹². A *crítica* ao princípio da proporcionalidade alicerçada no pensamento do filósofo alemão Jürgen Habermas¹³.

(b) Direito *Administrativo*. No controle do ato administrativo¹⁴ e na Principiologia do Direito Administrativo¹⁵.

(c) Direito *Ambiental*. No âmbito do direito ao “meio ambiente equilibrado”¹⁶.

² BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003, p. 157-184.

³ PEDRA, Anderson Sant’Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 189-272.

⁴ GAVILÃO FILHO, Anízio. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 239-314.

⁵ FIGUEIREDO, Sylvania Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Paulo: RCS, 2005, p. 218-230.

⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Máxima da proporcionalidade aplicada: a quebra do sigilo bancário pelo Fisco e o direito fundamental à vida privada*. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 105-110.

⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 227 et seq.

⁸ CHADE, Rezek Neto. *O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. Franca: Lemos & Cruz, 2004, p. 53-80.

⁹ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 157-200.

¹⁰ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002, *passim*.

¹¹ SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico; implicações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 41-54.

¹² BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, *passim*.

¹³ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Dictum, 2009, p. 143-180.

¹⁴ CHAIB, Liana. *O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 2008, p. 87-95.

¹⁵ FROTA, Hidemberg Alves da. *O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 17-278.

¹⁶ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145.

(d) Direito *Processual Civil*. Na seara do processo civil em geral¹⁷, do abuso do direito processual¹⁸, da *tutela constitucional* e dos *resultados* do processo civil¹⁹, assim como das tutelas de urgência²⁰.

(e) Direito *Penal* e *Direito Processual Penal*. Seja no Direito Penal em geral²¹, no controle de normas penais²² e no controle dos tipos penais incriminadores²³, seja no Direito Processual Penal em geral²⁴, na *extinção antecipada* da sanção penal²⁵, na aferição de *exceções* à inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal²⁶, na aplicação e execução da pena²⁷, em sede de *medidas cautelares pessoais* e de *súmulas vinculantes*²⁸ de cunho processual penal, na ponderação de interesses em matéria *probatória* processual penal²⁹, além de circunstâncias em que há *colisão de normas jurídicas* de natureza penal e/ou processual penal³⁰.

(f) Direito Tributário. O princípio da proporcionalidade em diálogo com o princípio da *capacidade tributária* e a *liberdade de planejamento tributário*, bem assim com as *sanções tributárias* e as *contribuições de melhoria* no domínio econômico³¹. A par disso, a questão da proporcionalidade das *multas tributárias*³².

¹⁷ AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 149-244; GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 103-182.

¹⁸ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139-320.

¹⁹ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 53-214. (Coleção Atlas de Processo Civil)

²⁰ MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Jurua, 2006, p. 258-292. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim)

²¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 82-206.

²² FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155-215.

²³ CORRELA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2009, p. 125-164.

²⁴ D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 79-139.

²⁵ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 199-203.

²⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 199-287.

²⁷ ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 91-97.

²⁸ PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 245-274.

²⁹ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 157-228.

³⁰ AMARAL, Thiago Bottino do. *Ponderação de normas em matéria penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 123-159.

³¹ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 101-186.

³² OVALLE, Claudenei Leão. *Os ilícitos contra a ordem tributária e a proporcionalidade das multas aplicáveis*. Leme: Mizuno, 2009, p. 38-41.

Ademais, há obras monográficas que realizam a análise conjugada dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, quer no Direito do Consumidor³³, no Direito Administrativo³⁴, no Direito Tributário³⁵ e na *Teoria Geral do Direito*³⁶, quer no campo dos *conflitos entre princípios constitucionais*³⁷. Mencionem-se, ainda, trabalhos monográficos que estudam *ambos* os princípios de forma *ampla e diferenciada*³⁸. Também cumpre recordar as monografias jurídicas direcionadas ao tema que vislumbram os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como um princípio jurídico *único* (de acordo com tal entendimento, haveria *sinonímia* entre os termos *razoabilidade* e *proporcionalidade*), ao examiná-los no âmbito do Direito Processual Civil³⁹, do Direito de Trânsito⁴⁰, do *ordenamento jurídico* pátrio e estrangeiro⁴¹ e da *discricionariedade administrativa*⁴². Há, ainda, obra de Nohara, centrada no *controle da razoabilidade* do ato administrativo⁴³, deixando em segundo plano as questões peculiares ao princípio da proporcionalidade.

2.2 Os elementos do princípio da proporcionalidade

Na dogmática brasileira atual, disseminou-se a principal concepção alemã de princípio da proporcionalidade, ancorada no eixo *adequação-necessidade-proporcionalidade em sentido estrito*:

³³ FERREIRA NETO, Manoel Aureliano. *A aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nas relações de consumo: decisões não fundamentadas, que não traduzem os critérios jurídicos na aplicação desses princípios*. São Luís: Fiuza, 2008, p. 105-108.

³⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27-547. (Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 16)

³⁵ CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 103-148.

³⁶ BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RCS, 2006, p. 131-150.

³⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 189-266.

³⁸ SILVA BRAGA, Valeschka e. *Princípios da proporcionalidade e razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, *passim*; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 195-235.

³⁹ QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 116.

⁴⁰ FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 41-44, 109-123.

⁴¹ PUHL, Adilson Josemar. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*. São Paulo: Pillares, 2005, p. 23-196.

⁴² CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas: Millennium, 2005, p. 147, 155-169.

⁴³ NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 153-201.

(a) No elemento da *adequação*, perquire-se se, por intermédio do ato jurídico *escolhido*, pode-se (1) *alcançar* determinada finalidade (realizando-a) ou (2) *fomentá-la* (nesse caso, não se pretende contemplar *in totum* o fim almejado, mas tão somente *promovê-lo*)⁴⁴.

(b) No elemento da *necessidade*, afere-se se o ato jurídico a *limitar* dado direito fundamental é, de fato, *imprescindível*, isto é, verifica-se se a finalidade incumbida àquele ato jurídico pode ser alcançada ou promovida por ato jurídico *alternativo*, o qual vise ao *mesmo* propósito, procedendo com a *mesma* intensidade e, ao mesmo tempo, restrinja *em menor escala* o direito fundamental afetado⁴⁵.

(c) No elemento da *proporcionalidade em sentido estrito*, efetua-se *sopesamento* ou *ponderação*, ao se cotejar, nas palavras de Luís Virgílio Afonso da Silva, “a *intensidade* da restrição ao direito fundamental atingido”⁴⁶ com “a *importância* da *realização* do direito fundamental que com ele *colide* e que *fundamenta* a adoção da medida restritiva”⁴⁷.

O magistério de Luís Virgílio Afonso da Silva acolhe tal concepção *trina* do princípio da proporcionalidade com as seguintes ressalvas:

(a) Embora prefira se referir àquele como *regra da proporcionalidade*, porquanto, à luz da classificação de princípios e regras de Robert Alexy — explica Afonso da Silva —, “não pode ser considerado um princípio [...], pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas”⁴⁸, pontua o jurista paulista que a

⁴⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 36.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 37.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 40, grifo nosso.

⁴⁷ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 25. Trata-se de posicionamento assim rebatido por Willis Santiago Guerra Filho: “Dessa circunstância, de ter seu conteúdo formado por subprincípios, passível de subsumirem fato e questões jurídicas, não se pode, contudo, vir a considerar o princípio da proporcionalidade mera regra, ao invés de verdadeiro princípio, como recentemente se afirmou entre nós, supostamente com apoio em Alexy, pois não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior deste último tipo de norma em relação à primeira, o tipo mais comum de normas jurídicas, peculiaridade esta que Ronald Dworkin refere como a ‘dimensão de peso’ (dimension of weight) dos princípios, e Alexy como a ponderação (Abwägung) — justamente o que se contrapõe à subsunção nas regras. E também, caso a norma que consagra o princípio da proporcionalidade não fosse verdadeiramente um princípio, mas sim uma regra, não poderíamos considerá-la inerente ao regime e princípios adotados na Constituição brasileira de 1988, deduzindo-a do sistema constitucional vigente aqui, como em várias outras nações, da ideia de Estado democrático de Direito, posto que não há regra jurídica que seja implícita, mas tão somente os direitos (e garantias) fundamentais, consagrados em princípios igualmente fundamentais — ou, mesmo, ‘fundantes’ —, a exemplo deste princípio de proporcionalidade, objeto da presente exposição.” Cf. *O princípio da proporcionalidade em Direito constitucional e em Direito privado no Brasil*. In: ALLIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Org.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: RT, 2003. p. 583-587, grifo nosso, transcrição adaptada à nova ortografia do português brasileiro.

locução *princípio da proporcionalidade* se incorporou à prática jurídica brasileira⁴⁹, reconhece a “forte carga semântica”⁵⁰ da expressão e a polissemia em torno do conceito de princípio jurídico⁵¹.

(b) Por outro lado, o renomado constitucionalista uspiano rechaça a *sinonímia* entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, ante a formulação alemã daquela e a origem anglo-saxônica desta, bem como a diferente *estrutura* de ambos os princípios: enquanto o princípio da proporcionalidade se ancoraria nos elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, o princípio da razoabilidade se adstringiria ao elemento da adequação:

A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”. Barroso chama a primeira exigência – *compatibilidade entre meio e fim* – de razoabilidade interna, e a segunda – *legitimidade dos fins* –, de razoabilidade externa. Essa configuração da regra da proporcionalidade faz com que fique nítida sua não identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, *corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação*. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins, conforme ficará claro mais adiante.⁵²

2.3 O debate sobre as distinções e semelhanças entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Todavia, na doutrina brasileira grassa a diversidade de entendimentos quanto às *diferenças* e às *semelhanças* entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁴⁹ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁰ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁵² *Ibid.*, p. 32-33, grifo do autor, transcrição adaptada à nova ortografia do português brasileiro.

Endossam as distinções entre tais princípios jurídicos ressaltadas por Afonso da Silva as monografias de Luciano Feldens⁵³, Carolina Medeiros Bahia⁵⁴ e José Sérgio da Silva Cristóvam⁵⁵. Nesse sentido, averbamos:

Embora o princípio da razoabilidade e o princípio tridimensional da proporcionalidade acolhidos no Brasil tenham raízes históricas diversas (o primeiro, estadunidense, e o segundo, alemão), no Direito brasileiro, o princípio tridimensional da proporcionalidade fagocita, em sua dimensão da adequação, o princípio da razoabilidade. Por isso, no Direito pátrio, aquele se torna uma evolução deste. Do ponto de vista histórico, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, a disseminação do (e invocação recorrente ao) princípio da razoabilidade (a partir meados do século XX, mormente em sua segunda metade) antecede ao princípio *tridimensional* da proporcionalidade (finais do século XX e, sobretudo, década de 2000), ainda que usual, na segunda metade do século XX, a remissão ao princípio da proporcionalidade como *sinônimo* do princípio da razoabilidade. (Independente de haver sinonímia entre tais princípios e independente do princípio tridimensional da proporcionalidade constituir, no Direito pátrio, aprimoramento do princípio da razoabilidade, a questão central, na prática jurídica, diz respeito à necessidade de existirem criteriosa aplicação de ambas as normas, bem como dos princípios da juridicidade e da dignidade da pessoa humana.)⁵⁶

Consoante preconiza Marcus Alan de Melo Gomes⁵⁷, o proporcional é razoável, mas o razoável nem sempre é proporcional — ponderação também feita por Mariângela Gama de Magalhães Gomes⁵⁸.

Suzana de Toledo Barros vislumbra o *princípio da razoabilidade* forjado na jurisprudência dos Estados Unidos da América como expressão do *princípio*

⁵³ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 160-161.

⁵⁴ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 79.

⁵⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 196.

⁵⁶ FROTA, Hidemberg Alves da. *O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 23.

⁵⁷ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 149.

⁵⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 38.

da *proporcionalidade* na ordem jurídica estadunidense⁵⁹. Também notando *sinonímia* entre ambos os princípios, Eduardo Melo de Mesquita consigna: “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).”⁶⁰ Atribuem ao princípio da razoabilidade o *mesmo* conteúdo do princípio tridimensional da proporcionalidade os magistérios de Daniel André Fernandes⁶¹ e Adilson Josemar Puhl⁶². Igualmente compartilham do posicionamento favorável à sinonímia entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade Raphael Augusto Sofiati de Queiroz⁶³, Anderson Sant’Ana Pedra⁶⁴ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁵.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o *princípio da proporcionalidade* é uma *faceta do princípio da razoabilidade*⁶⁶.

Conforme Irene Patrícia Nohara, “por mais que se aponte a utilização do termo *proporcionalidade* de forma diferenciada, sua *identificação* se pauta no *juízo de razoabilidade*, e salvo a diferenciação quanto à nomenclatura e à identificação dos elementos, que não é pacífica, os dois conceitos”⁶⁷ — infere — “*acabam* se prestando ao *mesmo* objetivo de *controle* das atividades *legislativa* e *executiva* para que não haja restrições *excessivas* aos direitos dos cidadãos”⁶⁸.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos compartilham do entendimento de que, apesar “da origem e do desenvolvimento *diversos*”⁶⁹,

⁵⁹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003, p. 59-70.

⁶⁰ MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 68. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim)

⁶¹ FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45.

⁶² PUHL, Adilson Josemar. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*. São Paulo: Pillares, 2005, p. 106-115.

⁶³ QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 46.

⁶⁴ PEDRA, Anderson Sant’Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 209.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 101.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 76.

⁶⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 153-96, grifos nossos e da autora.

⁶⁸ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 302, grifo nosso. (Coleção Teoria e Direito Público, v. 2)

ambos os princípios “abrigam os mesmos valores *subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos*”⁷⁰, motivo por que “*razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis*”⁷¹.

Na Ciência do Direito Administrativo, José Roberto Pimenta Oliveira espousa juízo *próprio* sobre as distinções entre ambos os princípios: consoante a construção planteada por Oliveira, enquanto o *princípio da razoabilidade* constitui “*mandato de otimização, exigindo seu conteúdo jurídico a proscrição de condutas axiologicamente intoleráveis, irrazoáveis ou arbitrárias, no desempenho da função administrativa, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas pertinentes*”⁷² — obtempera — “a cada caso em que opera sua incidência na atividade administrativa”⁷³, o *princípio da proporcionalidade* “*procedimentaliza ou racionaliza os contornos da razoabilidade*”⁷⁴, ao delinear *como são aplicados* “princípios e regras do regime jurídico-administrativo”⁷⁵ e como são “ponderados os interesses e valores, presentes no processo de atualização do direito, instrumentalizando e potencializando o controle intersubjetivo”⁷⁶.

Já na Teoria Geral do Direito, Humberto Ávila⁷⁷ igualmente formula entendimento próprio: ao contrário do *princípio da proporcionalidade*, o *princípio da razoabilidade* não se refere à relação de causalidade entre *meio e fim* nem ao “*entrecruzamento horizontal de princípios*”⁷⁸ (ausente, pois, “espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas”⁷⁹), e sim ao “dever de harmonização do Direito com suas condições *externas (dever de congruência)*”⁸⁰, a exigir “a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer

⁷⁰ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁷¹ *Ibid.*, loc. cit., grifos nossos e dos autores.

⁷² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 544. (Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 16)

⁷³ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁷⁴ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁷⁵ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁷⁶ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110-111.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 110, grifo nosso.

⁷⁹ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁸⁰ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada”⁸¹.

Luiz Carlos Branco, conquanto estude em separado os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, *vincula* ambos aos subprincípios da *adequação* e da *necessidade* (sem versar acerca do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)⁸².

Tiago Cintra Essado divisa a razoabilidade “como instrumento para a obtenção de equidade, congruência e equivalência”⁸³ e agasalha a subdivisão do princípio da proporcionalidade nos subprincípios da “adequação (pertinência ou aptidão), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”⁸⁴.

Belize Câmara Correia, partidária da formulação *tripartite* do princípio da proporcionalidade, abraça a distinção feita por Peter Craig⁸⁵: o princípio da razoabilidade diz respeito ao contraste *entre a medida* atacada e a *prudência* do ser humano comum, ao passo que a proporcionalidade “tem como objetivo aquilatar se existe *justificativa* no *interesse público* para que se permita a invasão da esfera individual”⁸⁶.

Na visão de Gustavo Ferreira Santos, inspirado em lição do jurista português Vitalino Canas⁸⁷, a *razoabilidade* consubstancia “teste intermédio de proporcionalidade”⁸⁸, uma vez que *não* indaga “a natureza do meio escolhido pelo Estado”⁸⁹, mas apenas se questiona se o meio elegido foi *moderado* e *prudente*.

⁸¹ *Ibid.*, *loc. cit.*, grifo nosso.

⁸² BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RCS, 2006, p. 131-150.

⁸³ ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 56, grifo do autor, transcrição adaptada à nova ortografia do português brasileiro.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 64.

⁸⁵ CRAIG, Peter. *Unreasonableness and proportionality in UK Law*. In: ELLIS, Evelyn. *The principle of proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart, 1999. p. 99-101.

⁸⁶ CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2009, p. 63, grifo nosso.

⁸⁷ CANAS, Vitalino. *Proporcionalidade (princípio da)*. In: DICIONÁRIO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Lisboa: 1994, separata do v. 6. p. 57.

⁸⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 130.

⁸⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

De acordo com Flavia D'Urso, adotar-se o princípio da razoabilidade como *sinônimo* do princípio da proporcionalidade *reduziria* a abrangência daquele, ao *confiná-lo* à seara do *devido processo legal*⁹⁰.

Gisele Santos Fernandes Góes preleciona que a *razoabilidade* se exaure no bloqueio ao “*inaceitável ou arbitrário*”⁹¹, diferentemente do *proporcional*, que agrega a essa função negativa a função positiva de “*resguardo* na materialização da *melhor* medida possível dos direitos constitucionais fundamentais”⁹². O entendimento de que o princípio da razoabilidade se *distingue* do princípio da proporcionalidade em virtude *daquele* se *limitar* à função negativa também é esposado por Chade Rezek Neto⁹³.

Segundo Manoel Aureliano Ferreira Neto, enquanto o *princípio da razoabilidade* “*apenas impede* a existência de atos *irrazoáveis*, *sem* substituir a medida assim considerada”⁹⁴, o *princípio da proporcionalidade* “*sopesa*, na aplicação dos *subelementos* estruturantes, os princípios *em conflito*, apontando qual deles deve *prevalecer*, em face do exame da *dimensão do peso* de cada um deles”⁹⁵.

Willis Santiago Guerra Filho impinge ao *princípio da razoabilidade* uma “*função negativa*”⁹⁶ (desobedecê-lo “*significa ultrapassar* irremediavelmente os *limites* do que as pessoas em geral, de plano, consideram *aceitável*, em termos jurídicos”⁹⁷, e ao *princípio da proporcionalidade* atribui “*uma função positiva* [...] na medida em que pretende *demarcar* aqueles limites, indicando *como* nos manteremos *dentro* deles - *mesmo* quando não parecer, à primeira vista, ‘*irrazoável*’ ir além”⁹⁸.

⁹⁰ D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59.

⁹¹ GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62, grifo nosso.

⁹² *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁹³ CHADE, Rezek Neto. *O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. Franca: Lemos & Cruz, 2004, p. 30.

⁹⁴ FERREIRA NETO, Manoel Aureliano. *A aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nas relações de consumo: decisões não fundamentadas, que não traduzem os critérios jurídicos na aplicação desses princípios*. São Luís: Fiuza, 2008, p. 66.

⁹⁵ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Cap. I, p. 26, grifo nosso.

⁹⁷ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

⁹⁸ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

Enquanto “a *razoabilidade* é um princípio de *interpretação*, que está (ou deve estar) presente em todo agir individual e social”⁹⁹ — contrasta Francisco Fernandes de Araújo —, “a *proporcionalidade*, além desse aspecto, também é um princípio de calibragem ou dosimetria na feitura e na aplicação da norma, isto é, tem uma ‘materialização’ mais forte do que o princípio da razoabilidade”¹⁰⁰. A “*razoabilidade* trata da *legitimidade* da escolha dos *fins* em nome dos quais agirá o Estado”¹⁰¹ — reflexionam Wellington Pacheco Barros e Wellington Gabriel Zuchetto Barros —, ao passo que “a *proporcionalidade* averigua se os *meios são necessários, adequados e proporcionais* aos fins já escolhidos”¹⁰².

Consoante aduz Leonardo de Araújo Ferraz, enquanto o *princípio da proporcionalidade* se resume ao papel de “instrumento *estruturado e preordenado* de solução de conflitos envolvendo direitos colidentes”¹⁰³, o *princípio da razoabilidade* se associa ao conceito de “*racionalidade comunicativa*”¹⁰⁴ (“coerência lógica e interna do sistema jurídico”¹⁰⁵) e à “proibição de excesso ou insuficiência”¹⁰⁶.

Conforme o ensino de Carlos Roberto Siqueira Castro, no âmbito da legislação destinada ao combate de desigualdades, a razoabilidade corresponde à “*compatibilidade e congruência* entre a classificação [legislativa] e o *fim* a que ela se destina, o que caracteriza e *demarca* o território singular do princípio da razoabilidade (*reasonableness*)”¹⁰⁷, e a *proporcionalidade* concerne ao “*controle* da medida da *suficiência*, da *insuficiência* ou do *excesso*, calcado no trinômio *necessidade-adequação-proporcionalidade* estrita, que circunscreve o território específico da aplicação do princípio da proporcionalidade”¹⁰⁸.

⁹⁹ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002, p. 54, grifo nosso.

¹⁰⁰ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁰¹ BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49, grifo nosso.

¹⁰² *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁰³ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Dictum, 2009, p. 143, grifo nosso.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 142, grifo nosso.

¹⁰⁵ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁰⁶ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁰⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 234, grifo nosso.

¹⁰⁸ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

Para Valeschka e Silva Braga¹⁰⁹, o *princípio da razoabilidade* radica sua *matriz* na construção pretoriana norte-americana do *devido processo substantivo* (*neste se fundamenta*), enfoca a interpretação jurídica (destinada à “*exclusão de condutas desarrazoadas*”¹¹⁰) e “a *congruência dos motivos* (pressupostos de fato) com a *finalidade da medida*”¹¹¹, “possibilita a verificação da *adequação e necessidade* entre os *motivos* e os *fins*”¹¹², “abrange as circunstâncias *pessoais*”¹¹³ do caso concreto, “em virtude do tempo e do *lugar*, envolvendo a noção de *senso comum*”¹¹⁴, relaciona-se com o déficit de lógica ou *congruência* (dimensão da racionalidade: adequação + necessidade)¹¹⁵ aos olhos da “*sensatez do homem comum*”¹¹⁶ (dimensão da *razoabilidade em sentido estrito*¹¹⁷), traduz “a percepção do *bom senso* admitido pela comunidade, que acaba *variando* de acordo com os padrões do próprio intérprete”¹¹⁸ e se volta à “*valoração dos atos emanados do Poder Público*, para que estes não deixem de ser informados por *justiça, bom senso, razão*”¹¹⁹.

Já o *princípio da proporcionalidade*, segundo a alentada monografia da jurista cearense, nasce e se desenvolve no âmbito do Tribunal Constitucional da Alemanha, alicerça-se no *Estado de Direito*, e *direciona* o exame da “*compatibilidade dos meios com os fins*”¹²⁰ a “*situações jurídicas abstratas*”¹²¹, estribado nos critérios predefinidos¹²² das dimensões da adequação, da necessidade e da *proporcionalidade*, colocando-se “na *balança dois interesses legítimos*, para que eles sejam *sopesados*, a fim de que seja analisado *qual deles deve prevalecer*”¹²³, com vistas não apenas a “*dar subsídios à interpretação jurídica*”¹²⁴ como também a atuar na “*otimização dos direitos fundamentais, solucionando-lhes os conflitos*”¹²⁵.

¹⁰⁹ SILVA BRAGA, Valeschka e. *Princípios da proporcionalidade e razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 181-186.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 183, grifo nosso.

¹¹¹ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹¹² *Ibid.*, p. 184, grifo nosso.

¹¹³ *Ibid.*, p. 183, grifo nosso.

¹¹⁴ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 74.

¹¹⁶ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹¹⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 184, grifo nosso.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 185, grifo nosso.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 183.

¹²¹ *Ibid.*, p. 184, grifo nosso.

¹²² *Ibid.*, loc. cit.

¹²³ *Ibid.*, p. 185, grifo nosso.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 183, grifo nosso.

¹²⁵ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

Apesar de Marcelo José Magalhães Bonício asserir que ambos os princípios “são bastante parecidos”¹²⁶, sobretudo no campo do Direito Processual Civil brasileiro, adverte que o princípio da razoabilidade decorre do *due process of law* e consiste em “regra geral de conduta”¹²⁷ adaptável “às particularidades de cada hipótese”¹²⁸ (aspecto em que seu ponto de vista se aproxima da ensinança de Silva Braga).

Helenilson Cunha Pontes realiza três diferenciações entre os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*:

(1) O princípio da proporcionalidade exige maior “*grau de motivação racional*”¹²⁹ do ato decisório, ou seja, além da “*consideração dos interesses concretamente em jogo* e a *eleição* de uma medida *razoável*, mediante o *afastamento* das medidas *irrazoáveis* ou *inaceitáveis*”¹³⁰ (campo de incidência do princípio da razoabilidade), requisita o atendimento aos requisitos da “*adequação, necessidade e conformidade*”¹³¹.

(2) Enquanto o princípio da *razoabilidade* “exige apenas que a decisão jurídica seja *racionalmente motivada*, aprecie os interesses *concretamente* em discussão e seja *uma* dentre as várias decisões *igualmente razoáveis*, mediante um *juízo de exclusão*”¹³², o “princípio da proporcionalidade consubstancia notadamente, mas não exclusivamente, um juízo acerca da relação *meio-fim*, entre a medida tomada e o fim com ela buscado”¹³³, porquanto “os aspectos da adequação e da *necessidade*, em maior medida, e a conformidade ou proporcionalidade em sentido estrito, em *menor* medida, realizam-se tendo em vista aquela relação”¹³⁴.

(3) “A proporcionalidade [...] *não* exige apenas que a atuação estatal e a decisão jurídica sejam *razoáveis*, mas que sejam *melhores*, e representem a maximização das aspirações constitucionais”¹³⁵.

¹²⁶ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 32, grifo nosso. (Coleção Atlas de Processo Civil)

¹²⁷ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹²⁸ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹²⁹ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 88, grifo nosso.

¹³⁰ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹³¹ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹³² *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹³³ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹³⁴ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 89, grifo nosso.

Na óptica de Ricardo Aziz Cretton, o *princípio da razoabilidade* possui traços *hermenêuticos* e converge “para a *ponderação de outros princípios*”¹³⁶, ao passo que o princípio da proporcionalidade se reveste “de vocação *objetiva, material, substancial*, precipuamente destinado, *ad ovo*, ao *balanceamento de valores* (e de outros princípios decorrentes)”¹³⁷, a exemplo da segurança, liberdade, igualdade e propriedade, e ambos deságuam no *princípio da ponderação de valores e bens*, espécie de superprincípio “*fundante* do próprio Estado de Direito Democrático *contemporâneo* (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo)”¹³⁸.

As monografias brasileiras relativas ao princípio da proporcionalidade escritas por José Eduardo Suppioni¹³⁹ de Aguirre, Liana Chaib¹⁴⁰, Thiago Bottino do Amaral¹⁴¹, Denilson Feitoza Pacheco¹⁴² e Fabiana Lemes Zamalloa do Prado¹⁴³ aludem à mencionada controvérsia terminológica *sem* ostentarem posicionamento *nitidamente* favorável ou contrário à *sinonímia* ou não entre ambos os princípios, ao priorizarem a fundamentação de aspectos mais fulcrais de suas correspondentes pesquisas jurídicas, ou seja, preponderando o foco de tais autores a questões de *maior pertinência* à problematização dos respectivos trabalhos monográficos.

Também há monografistas que *não* mencionam a *controvérsia terminológica* concernente aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, optando por estudo centrado em matriz germânica do princípio da proporcionalidade, a exemplo das obras de Thiago André Pierobom de Ávila¹⁴⁴, Anizio Pires Gavião Filho¹⁴⁵ e Orlando Luiz Zanon Junior¹⁴⁶.

¹³⁶ CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 75.

¹³⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁸ *Ibid.*, loc. cit.

¹³⁹ AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 107-110.

¹⁴⁰ CHAIB, Liana. *O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 2008, p. 61.

¹⁴¹ AMARAL, Thiago Bottino do. *Ponderação de normas em matéria penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 73-83.

¹⁴² PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 79, 83, 85.

¹⁴³ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 186..

¹⁴⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 19-22.

¹⁴⁵ GAVILÃO FILHO, Anizio. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 239-314.

¹⁴⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Máxima da proporcionalidade aplicada: a quebra do sigilo bancário pelo Fisco e o direito fundamental à vida privada*. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 100-101.

Jarbas Luiz dos Santos, ao propor a concepção grega de justiça como fundamento filosófico, escolheu *desconsiderar* as “eventuais diferenças apontadas entre os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade”¹⁴⁷.

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo versa sobre as variações terminológicas do princípio da proporcionalidade *apenas* no âmbito da Europa continental, sem se imiscuir na questão da razoabilidade¹⁴⁸.

No sentir de Fábio Pallaretti Calcini, o *princípio da razoabilidade* exprime o devido processo legal *substantivo*¹⁴⁹, engloba o princípio tridimensional da proporcionalidade¹⁵⁰ e representa “um *standard* de justiça”¹⁵¹.

3. A CONTRIBUIÇÃO DE RUI BARBOSA AO DIÁLOGO ENTRE O CRITÉRIO DA NECESSIDADE E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Em uma época (ano-base: 2011) em que os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, portanto, possuem *ampla* acolhida na doutrina jurídica *brasileira*, não há no pensamento jurídico pátrio consenso entre as *distinções* e *semelhanças* entre ambos os princípios, e existe em catálogo, nas nossas livrarias, mais de duas dezenas de monografias voltadas aos princípios da razoabilidade *e/ou* da proporcionalidade, convém resgatar o estudo pioneiro de Rui Barbosa de Oliveira¹⁵² (1849-1923) — referido, de forma tradicional, no corpo de textos acadêmicos, didáticos e jornalísticos brasileiros simplesmente por *Ruy* ou *Rui*,

¹⁴⁷ SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico; implicações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 17.

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Paulo: RCS, 2005, p. 171-186.

¹⁴⁹ CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas: Millennium, 2005, p. 172.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 147.

¹⁵¹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵² *Ante o dissenso acerca da grafia bodierna do nome civil do ilustre jurista baiano, optou-se por Rui Barbosa, em vez de Ruy Barbosa, com fins nesta ensinância gramatical (baseada, por sua vez, no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa assinado em 16 de novembro 1990, vigente, no Brasil, desde 1º de janeiro de 2009, por força do art. 2º, caput, do Decreto n. 6.583, de 29 de setembro de 2008 — as normas ortográficas novas e pretéritas coexistirão durante o período de transição, de 1º de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2012, conforme determina o art. 2º, parágrafo único, do precitado Decreto Presidencial) da lavra do Prof. Evanildo Bechara (representante brasileiro do Novo Acordo Ortográfico): “Não sendo o próprio que assine o nome com a grafia e a acentuação do modo como foi registrado, a indicação de seu nome obedecerá às regras estabelecidas pelo sistema ortográfico vigente: Fundação Casa de Rui Barbosa (o notável jurista baiano assinava Ruy).” Cf. BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lucerna, 2009, p. 95, grifo do autor.*

em vez de *Barbosa de Oliveira* ou *Barbosa* —, o mais célebre e influente jurista da Primeira República (1889-1930), ideólogo da Constituição brasileira de 1891 (a nossa primeira Constituição republicana), constitucionalista de papel decisivo para o advento das bases constitucionais do federalismo brasileiro e do início do processo de autonomização do Poder Judiciário pátrio¹⁵³.

Originalmente publicada pelo então denominado *Ministério da Educação e Saúde*¹⁵⁴, as *Obras Completas de Rui Barbosa*, hoje sob os auspícios da *Fundação Casa de Rui Barbosa* (à época *órgão*¹⁵⁵ integrante da Pasta da Educação e Saúde, hoje *fundação pública* vinculada ao Ministério da Cultura¹⁵⁶) foram digitalizadas, mediante parceria iniciada em 2007¹⁵⁷ com o *Supremo Tribunal Federal*, e hoje se encontram disponíveis na Rede Mundial de Computadores, por meio do *site* institucional <<http://www.casaruibarbosa.gov.br>>¹⁵⁸, inteirando-se, na atualidade (ano-base: 2011), 137 (centro e trinta e sete) tomos publicados¹⁵⁹.

¹⁵³ Sobre o contributo de Rui Barbosa ao Direito Constitucional pátrio, cf. DINIZ, Sílvia Paula Alencar. *Contribuição de Rui Barbosa para a formação do pensamento constitucional brasileiro*. In: LIMA, Marlonio Mont'Alverne Barreto; ANDRADE, Denise de Almeida de; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; JUCÁ, Roberta Laena Costa; QUEIROZ, Paulo Roberto Clementino (Org.). *Temas de pensamento constitucional brasileiro*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008, v. 1. Cap. 29, p. 636-660. Há de se reconhecer o mérito de Rui ter contribuído para iniciar a construção da nossa República federativa e a alvorada da autonomia do Poder Judiciário pátrio, ainda que o Advogado baiano tenha se precipitado ao transpor para o ordenamento jurídico do Brasil o modelo constitucional dos Estados Unidos da América, sem realizar imprescindíveis ajustes, à luz do processo histórico, cultural e social brasileiro, inclusive da dificuldade de se efetuar abrupta transição de Estado unitário, de regime monárquico e sistema parlamentarista, para Estado federal, de regime republicano e sistema presidencialista. A propósito, para a análise crítica da exacerbada anglofilia da Constituição republicana de 1891, cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *A experiência constitucional brasileira: da Carta Imperial de 1824 à Constituição democrática de 1988*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 3, p. 186-189.

¹⁵⁴ O Decreto-Lei n. 3.668, de 30 de setembro de 1941, cometeu ao Ministério da Educação e Saúde o *mínus* de publicar em cinquenta volumes as *Obras Completas* de Rui Barbosa (art. 1º, caput), incumbindo à Casa de Rui Barbosa a execução de tal encargo (art. 4º). Cf. BRASIL. Decreto-Lei n. 3.668, de 30 de setembro de 1941. *Dispõe sobre a publicação das Obras Completas de Rui Barbosa*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=29579>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

¹⁵⁵ À época, a Casa de Rui Barbosa constituía *órgão* integrante do Ministério da Educação e Saúde, nos termos do então vigente art. 1º do Regimento Interno da Casa de Rui Barbosa, constante do Anexo do Decreto n. 22.168, de 25 de novembro de 1946. Cf. BRASIL. Decreto-Lei n. 22.168, de 25 de novembro de 1946. *Aprova o Regimento Interno da Casa de Rui Barbosa*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=232331>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

¹⁵⁶ *Fundação pública vinculada ao Ministério da Cultura à luz do disposto no art. 1º, caput, da Lei n. 4.943, de 6 de abril de 1966 (diploma legislativo ainda vigente, conferiu personalidade jurídica própria à Casa de Rui Barbosa) e c/ art. 1º do atual Estatuto da própria FCRB (Anexo I do Decreto n. 5.039, de 7 de abril de 2004)*. Cf. BRASIL. Lei n. 4.943, de 6 de abril de 1966. *Transforma em Fundação a atual Casa de Rui Barbosa e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/11/lei-4943-de-1966.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2011; BRASIL. Decreto n. 5.039, de 7 de abril de 2004. *Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Casa de Rui Barbosa — FCRB, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5039.htm>. Acesso em: 20 abr. 2011.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo fecha semestre com avanços na informatização de processos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70428&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

¹⁵⁸ O endereço completo (para acesso direto à página das *Obras Completas* de Rui Barbosa é <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Evitou-se consigná-lo in totum no corpo deste trabalho, a fim de não prejudicar a estética e a diagramação do texto.

¹⁵⁹ BRASIL. Fundação Casa de Rui Barbosa. *Obras Completas de Rui Barbosa — OCRBdigital*. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/obrasCompletas>>.

No tomo I do volume XL (correspondente ao ano de 1913), consta o trabalho intitulado *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*, sobejamente lastreado na jurisprudência anglo-saxônica do final do século XIX e início do século XX.

No referido memorial forense (§ 278), Rui Barbosa considera *justificável* a limitação *temporal e espacial à liberdade comercial*, desde que não seja uma “interdição *perpétua e universal*”¹⁶⁰, uma vez que, nesse caso, significaria a “*abdicação da liberdade e personalidade humana*, que o direito não a pode sancionar”¹⁶¹ (sancionar, nesse contexto, como sinônimo não de punir, mas de *chancelar*¹⁶²). Esteado em tal premissa, infere (§ 301) a “nulidade jurídica dos contratos de cessão de clientela, *ainda mesmo expressos*, quando *sem limites de tempo e espaço*”¹⁶³.

Compulsando-se tal memorial alinhavado por Rui, percebe-se o pioneirismo do estadista baiano em se debruçar, na primeira metade da década de 1910¹⁶⁴, sobre questões jurídicas que se tonariam, mormente a partir de década de 2000, aspecto central do debate jurídico brasileiro, mormente na seara do Direito Constitucional e da Teoria dos Direitos Fundamentais. Mais do que isso: por meio do estudo ruiano, percebe-se a possibilidade de diálogo entre a *dimensão da necessidade* do princípio tridimensional da proporcionalidade (matriz alemã) e o *princípio da razoabilidade* (matriz anglo-saxônica).

A concepção dogmática do subprincípio da *necessidade* majoritariamente abraçada pela doutrina brasileira baseia-se na formulação

casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>. Acesso em: 20 abr. 2011.

¹⁶⁰ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: as cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, v. 40, t. 1, p. 275, grifo do autor. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

¹⁶¹ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁶² SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1256-1257; INSTITUTO ANTÔNIO HOUAIS. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.

¹⁶³ BARBOSA, Rui. *Op. cit.*, p. 294, grifos do autor e nossos.

¹⁶⁴ O trabalho forense de Rui Barbosa intitulado *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais* foi originalmente publicado em 1913, na atual *Capital do Estado do Rio de Janeiro*, pela Empresa Foto-Mecânica do Brasil — *Impressões Artísticas*, segundo pesquisa realizada por Francisco Antônio de Almeida Morato (1868-1948), Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, prefaciador e revisor do tomo I do volume XL da coleção *Obras Completas de Rui Barbosa*. Cf. MORATO, Francisco Antônio de Almeida. Prefácio. In: BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: as cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, v. 40, t. 1, p. XV-XVI. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

alemã do *princípio tridimensional da proporcionalidade* segundo a qual “o exame do princípio *parcial da necessidade*”¹⁶⁵ — esclarece Anizio Pires Gavião Filho — “é uma questão de *comparação* entre a medida *escolhida* ou a *ser* escolhida e *outras medidas alternativas*”¹⁶⁶.

Desse modo, averigua-se — prossegue Gavião Filho — “se *entre* as medidas alternativas *não* existe *uma* que, com o *mesmo* grau de idoneidade para *alcançar* o fim que a medida *escolhida* ou a *ser* escolhida *promove*, intervenha com intensidade de *menor grau* em outro ou em *outros* direitos na colisão”¹⁶⁷, o que implica aferir tanto “a idoneidade *equivalente* ou *maior* das medidas alternativas para a *promoção* do fim *imediatamente*”¹⁶⁸ (“medida alternativa, que promove o fim exigido por um direito fundamental igual ou mais, melhor, mais rápido, com mais eficiência e maior segurança”¹⁶⁹) quanto “a escolha da medida com *menor grau* de intensidade de intervenção nos *direitos fundamentais* ou *bem jurídicos coletivos* constitucionalmente protegidos”¹⁷⁰ (perscruta-se “se não existe, [d]entre as medidas consideradas idôneas, uma que não restrinja posições jurídicas fundamentais *prima facie* de direitos fundamentais ou bem [sic] jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos ou, senão isso, que o faça em grau inferior que todas as outras”¹⁷¹).

Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, na seara do subcritério da *necessidade* (*Erforderlichkeit*), verifica-se se existe medida *alternativa menos gravosa* ao “*titular do direito* que sofre a *limitação* de seu direito fundamental”¹⁷² e de “*eficácia semelhante* ao meio *escolhido* pela autoridade estatal”¹⁷³ (“o meio *menos gravoso* deve ser *adequado* da *mesma forma* que o *meio mais gravoso* escolhido pela autoridade e que *todos os demais* (possíveis e adequados) meios menos gravosos que o escolhido pela autoridade estatal”¹⁷⁴).

¹⁶⁵ GAVILÃO FILHO, Anizio. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 245, grifo nosso.

¹⁶⁶ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁶⁷ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁶⁸ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 246, grifo nosso.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 245, grifo nosso.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 246, grifo nosso.

¹⁷² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 215, grifo nosso.

¹⁷³ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁷⁴ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

Humberto Ávila separa em *duas* etapas a aplicação do critério da *necessidade*: “em primeiro lugar, o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios *alternativos* promovem *igualmente* o fim”¹⁷⁵, “em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios *alternativos* restringem *em menor medida* os direitos fundamentais *colateralmente* afetados”¹⁷⁶.

Em textos doutrinários *pátrios* relativos ao subprincípio da *necessidade*¹⁷⁷, acolhe-se, por vezes, a ensinança do constitucionalista português Joaquim José Gomes Canotilho de que a dimensão da necessidade (denominada de “princípio da *exigibilidade*”¹⁷⁸ pelo Mestre de Coimbra) abrange a *exigibilidade material* (“o meio deve ser o mais ‘*poucado*’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais”¹⁷⁹), a *exigibilidade espacial* (“aponta para a necessidade de *limitar* o âmbito da *intervenção*”¹⁸⁰), a *exigibilidade temporal* (“pressupõe a *rigorosa delimitação* no tempo da *medida coativa* do poder público”¹⁸¹) e a *exigibilidade pessoal* (“a medida se deve *limitar* à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser *sacrificados*”¹⁸²).

Essa formulação de origem germânica do critério da necessidade se aproxima, em essência, do *conteúdo* do princípio da razoabilidade extraído por Rui Barbosa da jurisprudência dos Estados Unidos e do Reino Unido do século XIX e início do século XX, ao defender a *possibilidade* de que seja *regular* e *justificável* a interdição *ilimitada* e *prevista em contrato* da liberdade de *comércio* ou de *indústria*, quando *unicamente* de *caráter temporal*, ou quando *unicamente* de caráter *espacial*,

¹⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122, grifo do nosso.

¹⁷⁶ *Ibid.*, loc. cit., grifos nosso e do autor.

¹⁷⁷ *Ad exemplum*, dentre os adeptos do ensinamento do Mestre de Coimbra, elencam-se estes trabalhos monográficos brasileiros: SILVA BRAGA, Valeschka e. *Princípios da proporcionalidade e razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 113; PEDRA, Anderson Sant’Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 217; BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 63; FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Paulo: RCS, 2005, p. 190; CHADE, Rezekê Neto. *O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. Franca: Lemos & Cruz, 2004, p. 39; D’URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 67.

¹⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270, grifo nosso.

¹⁷⁹ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso, *aspas francesas adaptadas às aspas inglesas, adotadas no Brasil*.

¹⁸⁰ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁸¹ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso, *ortografia adaptada ao português brasileiro*.

¹⁸² *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

considerando *irrazoável* (não razoável, sem razão ou irracional¹⁸³) a interdição *perpétua* e universal de jaez *temporal* e, ao mesmo tempo, *espacial*¹⁸⁴ (§§ 278, 279, 282 e 284):

[...] No sistema a que chamaríamos *continental*, por ser o predominante entre as nações do continente europeu, se estabeleceu um critério definido e seguro para a declaração da validade ou nulidade nessas convenções, anulando-se absolutamente as que encerrarem uma interdição de liberdade comercial ou industrial, ilimitada quanto ao território e quanto à durabilidade. O magistrado não pode aceitar como subsistente a proibição, posta ao cedente, de reexercer, no comércio ou na indústria, certo gênero de atividades, senão quando essa proibição tiver limites de lugar ou tempo. [...]
[...] pode-se discutir sobre a subsistência ou insubsistência da interdição, quando ela for ilimitada quanto ao tempo ou quanto ao lugar; mas a sua nulidade é inquestionável, se a estipulação for ilimitada quanto ao lugar e quanto ao tempo. [...]
[...] Em última análise, não se trata senão de reunir numa só palavra a dupla ausência de limites quanto à duração e ao território nas obrigações desta natureza. É *unreasonable* a interdição, porque irrestrita quanto ao tempo e ao espaço. [...]¹⁸⁵

Com o fito de *robustecer* seu entendimento, abeberou-se — rememora-se — em precedentes *britânicos* e *estadunidenses*¹⁸⁶ (§§ 278 a 300).

Colheu (§279) da obra de Edmund H. T. Snell intitulada “*The Principles of Equity: intended for the use of students and of practitioners*” (à época reeditada por Archibald Brown e publicada em Londres pela Editora Stevens & Haynes)¹⁸⁷ precedentes da jurisprudência *inglesa* a reconhecerem a *nulidade* de “contratos de interdição *geral* de um comércio”¹⁸⁸, salvo se “a interdição, *sendo limitada*, como a de não exercer alguém certo comércio em *determinado lugar* ou por *tempo*

¹⁸³ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: as cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, v. 40, t. 1, p. 276, 278, 284. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 276.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 279, 282, grifo de Rui Barbosa, transcrição adaptada à nova ortografia do português brasileiro.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 275-293.

¹⁸⁷ SNELL, Edmund H. T. *The Principles of Equity: intended for the use of students and of practitioners*. 16th ed. London: Stevens & Haynes, 1912, p. 420. Disponível em: <<http://www.archive.org/download/cu31924021656222/cu31924021656222.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2011.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 276, tradução e grifo de Rui Barbosa.

*razoável*¹⁸⁹. Posto de outro modo: a teor dessa corrente de pensamento, afigura-se *válido* contrato de interdição de comércio, “se bem que *ilimitado* quanto ao *espaço* [Nordenfelt v. Maxim Co., Limited, 1894, A. C. 535¹⁹⁰], ou, até, quando *ilimitado* quanto ao tempo [Haynes v. Doman, 1899, 2 Ch. 13191], supondo-se sempre que seja razoável nas circunstâncias de *um* e outro *caso*”¹⁹².

No entanto, o jurista baiano pondera (§ 280) que o *critério* adotado à *época* na Inglaterra (primeira metade da década de 1910) deixava de ser *meramente* de cunho *temporal* e/ou *espacial*, à medida que se disseminava naquela jurisprudência o parâmetro da *razoabilidade* (conjugado com a análise da *abrangência territorial* da proibição ao exercício do comércio):

Não há negar, porém, que, ultimamente, em Inglaterra, o critério dominante nesta apreciação não está nem no tempo nem no espaço, mas na *reasonableness*, na *razoabilidade*, ou *não razoabilidade*, que a interdição convencionada apresentar. “A pedra de toque, a que primeiro há de recorrer o tribunal, é a da *razoabilidade* (*reasonableness*), e, para solver a questão da responsabilidade, é *que terá de apreciar a extensão territorial* abrangida na interdição.” (*Americ. and Engl. Encyclop. of Law*, v. XXIV, p. 845, *not.* 6, *in fine*, e p. 850, n.º 4, *in fine*) [...]

[...] Como se vê, em última análise, a questão da razoabilidade se resolve, afinal, justamente na do tempo e espaço, que limitam a interdição.¹⁹³

Nesse contexto, para se aquilatar se *determinada* interdição na liberdade comercial de âmbito *territorial* e *temporal* seria *razoável*, Rui Barbosa traz a lume (§§ 280 e 285) baliza pretoriana que muito recorda o princípio parcial da necessidade ou da *exigibilidade* de matriz alemã (a necessidade, na abordagem alemã — lembra Afonso da Silva — verifica se dado “ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”¹⁹⁴) quanto à *proibição de excesso* (no

¹⁸⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*, tradução e grifo de Rui Barbosa.

¹⁹⁰ SNELL, Edmund H. T. *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁹² BARBOSA, Rui. *Op. cit.*, *loc. cit.*, tradução de Rui Barbosa e grifo nosso.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 277-278, tradução e grifo de Rui Barbosa, transcrição adaptada à nova ortografia do português brasileiro.

¹⁹⁴ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 38.

sentido de que — alumia Paulo Bonavides — “a medida *não há* de exceder os limites *indispensáveis* à conservação do *fim* legítimo que se almeja”¹⁹⁵):

Os tribunais (diz Wharton Beall na sua monografia sobre a *Restraint of Trade*) têm adotado todos a regra estabelecida, no caso *Horner v. Graves*, pelo juiz Tindal. Essa regra consiste em se verificar se a interdição *não vai além do necessário para assegurar proteção razoável aos interesses da parte*, a favor de quem se estipulou, sem contrariar os do público em geral: “*Whether the restraint is such only to afford a fair protection to the interest of the party in favor of whom it is given, and not so large as to interfere with the interests of the public.*” (*Am. and Engl. Encycl. of Law, eodem loco.*)

Se a interdição exceder os limites da proteção devida ao cessionário, não pode trazer legítima vantagem a ele nem ao público: será, então, meramente opressiva, e, sendo opressiva, aos olhos da lei não é razoável. “*Whatever restraint is larger than the necessary protection of the party can be of no benefit to either; it can only be oppressive; and, if oppressive, it is in the eye of the law, unreasonable.*” (Ib., p. 850-51.) (1) [...]

[...] Basta, pois, que não seja razoável, isto é, basta que seja excessiva a extensão do território abarcada na interdição de comerciar, para que o contrato incorra na taxa de *não razoável*, e, como tal, se haja por vão, caduco, inexistente.¹⁹⁶

Destarte, Rui Barbosa invoca, sob a rubrica da razoabilidade, traço característico ao critério da necessidade de raiz alemã, isto é, a vedação ao exercício de direito *além do indispensável* à adequada proteção do interesse do titular do direito.

Em que pese tenha se abeberado na construção jurisprudencial anglo-saxônica em torno do princípio da razoabilidade, Rui Barbosa, fiel à mentalidade jurídica de sua época, ressalva (§ 282) que não se poderia no ordenamento jurídico brasileiro, filiado ao sistema romano-germânico, “confiar aos tribunais o arbítrio de validarem ou anularem contratos, em que forem interessadas liberdades como a do comércio e a da indústria, deixando-os à sua apreciação discricionária, sob um critério absolutamente opinativo”¹⁹⁷

¹⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 397, grifo nosso.

¹⁹⁶ BARBOSA, Rui. *Op. cit.*, p. 277-278, 283, tradução de Rui Barbosa, grifos nossos e de Rui Barbosa, transcrição adaptada à nova ortografia do português brasileiro.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 280.

— continua — “como o de serem, ou não, *razoáveis* esses contratos, seria uma transplantação desastrosa”¹⁹⁸.

Em similar sentido, também como reflexo da visão jurídica da primeira metade do século XX, Miguel Seabra Fagundes repudiara a aplicação, no Brasil e inspirada na experiência forense do Estados Unidos, do controle judicial da *razoabilidade* dos atos administrativos:

O território jurídico da *apreciação da legalidade* é muito restrito, em nada podendo obstar a ação eficiente das comissões, desde que contida na órbita legal. Só nas hipóteses de incompetência, desvio de finalidade etc. é que o Judiciário as poderia conter, porém aí, como é claro, em defesa da ordem jurídica.

É descabido, em desabono do que dizemos, o exemplo norte-americano. Nos Estados Unidos, como já tivemos ocasião de observar, o juiz, analisando a *razoabilidade* dos atos administrativos, exerce jurisdição plena e não de simples legalidade, penetra no mérito do procedimento da Administração, vincula-a ao seu *critério administrativo*. Aqui nunca se deu nem se pode dar tal ingerência, que entre os americanos decorre da cláusula do *due process of law*.¹⁹⁹

Entretanto, da alvorada desses estudos pioneiros de Rui Barbosa e Miguel Seabra Fagundes até os dias hodiernos, o cenário judicial brasileiro se alterou de forma significativa. Hoje já não se discute a possibilidade jurídica do nosso Poder Judiciário aplicar o princípio da razoabilidade, e sim se a jurisprudência do órgão de cúpula da Justiça pátria, de fato, vale-se do princípio da proporcionalidade ou se adstringe a realizar “um apelo à *razoabilidade*”²⁰⁰, de modo que a pesquisa de Rui Barbosa sobre a razoabilidade se insere em uma questão jurídica em voga no Direito brasileiro, que é, justamente, a análise comparativa entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e o exame da interação entre as dimensões da razoabilidade e da proporcionalidade.

¹⁹⁸ *Ibid.*, loc. cit., grifo do autor; transcrição adaptada à nova ortografia do português brasileiro.

¹⁹⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo ilegal ou injusto*. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, jun. 1946, p. 21, grifo do autor.

²⁰⁰ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O proporcional e o razoável*. In: TORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Savatani Guedes (Org.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho (por duas décadas de docência e pesquisas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 113.

4. A PROIBIÇÃO DE LIMITAÇÕES GEOGRÁFICAS À FIXAÇÃO DE DROGARIAS E FARMÁCIAS, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rui Barbosa, ao *repelir* as interdições *perpétuas* e *universais* da liberdade de empresa e de concorrência de cunho *simultaneamente* temporal e espacial (previstas, *in casu*, em contratos de alienação de estabelecimentos comerciais e industriais), denota-se em *harmonia* com o princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica.

Consectária do *princípio fundamental da livre iniciativa* (art. 1º, inciso IV, *in fine* c/c art. 170, *caput*, todos da Constituição Federal de 1988)²⁰¹ — o qual, por sua vez, decorre da própria *liberdade humana*²⁰² (art. 5º, *caput*, da CF/88) —, a *liberdade de iniciativa econômica* (também chamada de *liberdade econômica*²⁰³) encastoa-se no art. 170, parágrafo único, da CF/88 (“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”²⁰⁴)²⁰⁵, e abrange (a) a liberdade de *empresa* (desdobrada nas liberdades de *contrato* — art. 421 do Código Civil de 2002 —, de *indústria* e de *comércio*), (b) a liberdade de *concorrência*²⁰⁶, a igualmente denominada *livre concorrência*²⁰⁷ (art. 170, inciso IV, da CF/88), e (c) “a proteção da propriedade privada”²⁰⁸ (art. 5º, *caput* e incisos XXII e XXIX, c/c art. 170, inciso II, todos da CF/88).

²⁰¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 797.

²⁰² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 202.

²⁰³ *Ibid.*, p. 203.

²⁰⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoC3%0A7ao.htm>. Acesso em: 1º mai. 2011.

²⁰⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 205.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 211.

²⁰⁸ CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 497. Em sentido diverso, ao entender que “o fundamento do princípio da liberdade de iniciativa se encontra na aceitação do direito de propriedade privada”, ou seja, enxergando-se o direito de propriedade privada como a matriz do princípio da liberdade de iniciativa e não o contrário, cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004 p. 128, grifo nosso. De toda sorte, afigura-se pertinente este ensinamento de José Afonso da Silva acerca da indispensabilidade de que a propriedade tenha função social, para que seja legítima: “O regime de propriedade denota a natureza do sistema econômico. Se se reconhece o direito de propriedade privada, se ela é um princípio da ordem econômica, disso decorre, só por si, que se adotou um sistema econômico fundado na iniciativa privada. Os conservadores da Constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social — de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpre uma função dirigida à justiça social.” Cf. AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 712, grifo do autor.

A fim de que seja *legítima* — pontua José Afonso da Silva —, a *liberdade de iniciativa econômica* deve promover a *existência digna de todos*, consoante os preceitos da *justiça social*²⁰⁹, em decorrência — infere-se — do princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III, da CF/88). Nesse sentido, cumpre ao Estado prevenir e reprimir condutas dos setores público e privado a sufocarem o lícito funcionamento de *empresas* (atividade desempenhada por intermédio de empresários e empresárias *em nome individual*, bem assim de *sociedades empresárias*²¹⁰), sobretudo quando se obsta ou dificulta a existência e “a *expansão das pequenas iniciativas econômicas*”²¹¹.

Corolária da *liberdade de iniciativa econômica*, a *liberdade de concorrência*, explica Eros Roberto Grau, abarca (a) o direito de “*conquistar a clientela, desde que não [seja] através de concorrência desleal*”²¹², (b) a “*proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência*”²¹³ e (c) a “*neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes*”²¹⁴. Na óptica de João Bosco Leopoldino da Fonseca, a *liberdade de concorrência*, no contexto do capitalismo *contemporâneo*, consiste em meio para se atingir o “*equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas*”²¹⁵.

Almejando salvaguardar a *livre iniciativa*, o ordenamento jurídico pátrio proíbe tanto a concorrência feita com *abuso de poder* (plasmada na *infração da ordem econômica* — objeto do ramo jurídico conhecido por *Direito Antitruste*²¹⁶

²⁰⁹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 794.

²¹⁰ Por motivos didáticos, oportuno lembrar o ensino do Direito Empresarial de que a empresa não se confunde com sociedade empresária. Dilucida Fábio Ulboa Coelho: “Empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto a física, que empresa seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes. [...] A pessoa jurídica empresária é cotidianamente denominada ‘empresa’, e os seus sócios são chamados ‘empresários’. Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade.” Cf. COELHO, Fábio Ulboa. *Curso de direito comercial: Direito de Empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva 2008, v. 1, p. 63, grifo do autor.

²¹¹ AFONSO DA SILVA, José. *Op. cit.*, p. 795, grifo nosso.

²¹² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 205, grifo nosso.

²¹³ *Ibid.*, *loc. cit.*, grifo nosso.

²¹⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*, grifo nosso.

²¹⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004 p. 129, grifo nosso.

²¹⁶ Conquanto o campo de incidência das infrações da ordem econômica transcenda o combate à “*formação de grandes conglomerados econômicos*”, ao se direcionar também contra outras modalidades de abuso do poder econômico, a locução *Direito Antitruste* permanece em uso por força da tradição. Cf. COELHO, Fábio Ulboa. *Curso de direito comercial: Direito de Empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva 2008, v. 1, p. 202.

ou *Direito Concorrencial*²¹⁷, que possui como principal diploma legislativo a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, a Lei Antitruste —, a afetar “as estruturas do livre mercado”²¹⁸, por meio da *dominação* dos mercados²¹⁹, da *eliminação* da concorrência²²⁰ e do *aumento arbitrário* dos lucros²²¹ — dicção do art. 173, § 4º, da CF/88²²²) quanto a concorrência *desleal* (a concorrência *desleal* prejudica somente o interesse “do empresário diretamente vitimado pela prática irregular”²²³, ao passo que a *infração de ordem econômica*, ao lesionar as bases do economia de mercado, alcança “universo muito maior de interesses juridicamente relevantes”²²⁴), a qual se subdivide, ensina Fábio Ulhoa Coelho, em concorrência *desleal específica* (“sancionada civil e penalmente”²²⁵, concernente à “violação de segredo de empresa” e à “indução de consumidor em erro”²²⁶) e *genérica* (“sancionada apenas no âmbito civil”²²⁷).

Veda-se não apenas a *concorrência ilícita* (bifurcada — repisa-se — na infração da ordem econômica e na concorrência *desleal*) como também a *interveniência* de órgãos e entidades *estatais* na ordem econômica, se afrontosa ao *princípio da impessoalidade* (art. 37, *caput*, da CF/88), ou seja, é defesa a intervenção do Estado no domínio econômico, caso essa atuação se volte, salienta Walber de Moura Agra, ao “favorecimento de uma empresa ou de uma atividade *em detrimento de outra*”²²⁸ (a menção ao princípio da impessoalidade, nesse contexto, foi achegada nossa ao pensamento de Agra).

²¹⁷ A ênfase do Direito Concorrencial não está na análise da natureza jurídica de quem desempenha a atividade de empresa, mas na aferição se houve ilícito concorrencial: “Para o Direito da Concorrência”, pondera Werter Faria, “não importa se a associação, no seio da qual foi tomada a decisão, tem objetivo de lucro, se é este ou aquele tipo de empresa, mas sim se esta entidade cometeu uma infração quando decidiu que seus associados deveriam operar de tal maneira, transgredindo as regras de concorrência.” Cf. FARIA, Werter. *Noção de empresa no Direito da Concorrência*. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná: Semana de Estudos em Homenagem ao Professor Rubens Requião: tendências atuais do Direito Comercial, Curitiba, n. 29, 2000, p. 151.

²¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 189, grifo nosso.

²¹⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3%20A7ao.htm>. Acesso em: 1º mai. 2011, grifo nosso.

²²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, loc. cit., grifo nosso.

²²¹ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

²²² *Ibid.*, p. 202, grifo nosso.

²²³ *Ibid.*, p. 190, grifo nosso.

²²⁴ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

²²⁵ *Ibid.*, p. 192.

²²⁶ *Ibid.*, loc. cit.

²²⁷ *Ibid.*, loc. cit.

²²⁸ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 654, grifo nosso.

Na seara das *infrações da ordem econômica*, existe a *concentração* e a *colusão*. Enquanto na *concentração* “empresas passam a submeter-se à *mesma direção econômica* com ou sem perda de autonomia jurídica”²²⁹, na *colusão horizontal* há acordos (orais inclusive) *somente* entre “empresários situados no *mesmo estágio* de produção e circulação econômica (por exemplo, industriais concorrentes em situação concertada)”²³⁰, e na *colusão vertical* existem acordos entre “empresários situados em *estágios diferentes* da produção e circulação econômica (por exemplo: fornecedor e distribuidores em atuação concertada)”²³¹.

Caracterizam, pois, a *colusão horizontal* as circunstâncias versadas por Rui Barbosa, concernentes às interdições contratuais *perpétuas* e *universais* à *liberdade de concorrência* entre sociedades empresárias que atuam no *mesmo estágio* de produção e circulação econômica. Por outro lado, a ordem econômica também é alvejada quando tal interdição, em vez de estipulada em contrato, é realizada por *diploma legislativo*.

É o que demonstra a jurisprudência da Corte Suprema brasileira. Explica-se: o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário n. 193749/SP (Relator para o acórdão, Ministro Maurício Corrêa), aos 4 de junho de 1998, considerou *inconstitucional* norma legal municipal (art. 1º da Lei n. 10.991, de 13 de junho de 1991, do Município de São Paulo — SP232) a impor *limitação geográfica* (fixação de distância mínima) para o estabelecimento de *farmácias* e *drogarias*²³³, ao reputar tal ato legislativo ofensivo ao *princípio da livre iniciativa* e deletério à ordem *consumerista*.

²²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 210, grifo nosso.

²³⁰ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

²³¹ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

²³² Assim dispõe o art. 1º da Lei n. 10.991/1991, do Município de São Paulo — SP, verbo ad verbum: “Art. 1º — A licença de localização para a instalação de novas farmácias e drogarias no Município será concedida somente quando o estabelecimento ficar situado a uma distância mínima de 200 (duzentos) metros de raio da farmácia ou drogaria mais próxima já existente.” Cf. SÃO PAULO. Lei n. 10.991, de 13 de junho de 1991. Disponível em: <<http://camaramunicipal.sp.qaplaweb.com.br/iab/fulltext/leis/L10991.pdf>>. Acesso em: 5 mai. 2011.

²³³ Examinando a terminologia jurídico-farmacêutica planteada nos incisos X e XI do art. 1º da Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973, a Lei de Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, nota-se que tanto a drogaria quanto a farmácia atuam na “dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos” (parte da definição legal de drogaria, positivada no aludido inciso XI), com a diferença de que a farmácia possui raio de atuação mais amplo, a abranger — além daquela atividade igual à da drogaria — a “manipulação de fórmulas magistrais e oficinais” e o “atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica” (parte da definição legal de farmácia agasalhada no inciso X). Cf. BRASIL. Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5991.htm>. Acesso em: 6 mai. 2011.

Em outras palavras, no referido *decisum*, o Pretório Excelso, vencido o voto do Ministro-Relator Carlos Velloso em face da divergência aberta (ainda quando o processo tramitava na Segunda Turma) pelo voto do Ministro Maurício Corrêa, esplendeu que tal restrição geográfica “induz à *concentração capitalista*, em *detrimento do consumidor*, e implica *cerceamento* do exercício do princípio constitucional da *livre concorrência*, que é uma manifestação da *liberdade de iniciativa econômica privada*”²³⁴.

O voto condutor, pronunciado pelo Ministro Maurício Corrêa, ao vislumbrar tal diploma legislativo paulistano como meio de fomento à *concentração capitalista*, ressaltou que a medida legislativa *sub examine*, ao tolher a *livre concorrência*, garante, no *perímetro* em que fora *interditada* a criação de nova farmácia ou drogaria, o *lucro* do estabelecimento *já* situado em tal área, ao mesmo tempo que *empeçilha* o acesso do consumidor local a melhores preços:

[...] A limitação geográfica imposta à instalação de drogarias somente conduz à assertiva de concentração capitalista, assegurando, no perímetro, o lucro da farmácia já estabelecida. Dificulta o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio da liberdade de iniciativa econômica privada garantida pela Carta Federal quando estatui que “*a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”. (art. 173, § 4º).²³⁵

O Ministro Nelson Jobim destacou a *incompetência* dos Municípios para editarem leis que invadam a seara das *infrações da ordem econômica* (além de consubstanciar matéria disciplinada em diploma legislativo *federal*, a mencionada Lei n. 8.884/1994, Capítulo II, arts. 20 a 21, trata-se de questão pertinente ao *Direito Econômico*, competência legislativa *não* municipal e concorrente da União, dos

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Trecho da ementa do acórdão em sede do Recurso Extraordinário n. 193749/SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 4 de junho de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 4 mai. 2001, p. 35. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011, grifo nosso.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Trecho da fundamentação do voto condutor proferido pelo Ministro Maurício Corrêa em sede do Recurso Extraordinário n. 193749/SP, ao transcrever passagem do voto alinhavado por ele mesmo (Ministro Maurício Corrêa) nos mesmos autos, ainda quando sob os auspícios da Segunda Turma do STF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 4 de junho de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 4 mai. 2001, p. 35. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011, grifos do autor.

Estados e do Distrito Federal — art. 24, inciso I, da CF/88), e, a par disso, rutilou que a norma municipal em liça fere a *livre concorrência* e o *livre mercado*:

[...] Na verdade, a livre concorrência é assegurada sem a reserva de espaços públicos, mas o exercício legítimo da livre concorrência é fiscalizado a partir das regras da Lei nº 8.884, que disciplina as infrações à ordem econômica, que são as operações que possam fazer as partes, ou seja, os comerciantes, no sentido de estabelecimento de oligopólios e cartéis.

Veja V. Exa. que o art. 20 define essa infração dizendo:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

.....

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;”

Creio que a legislação municipal extrapolou a sua área de abrangência. Não diz respeito a uso de solo urbano, nem a zoneamento, que é da competência efetiva do Município, mas às regras que pretendem disciplinar, na área urbana, o exercício de uma atividade a partir de pressupostos da concorrência.

Essa norma fere o dispositivo constitucional da livre concorrência, e nossas preocupações em relação a um sistema de livre mercado, que seja legítimo, estão exatamente nos instrumentos de proteção da concorrência, traduzidos basicamente no Código de Defesa do Consumidor e na legislação que coíbe os abusos da ordem econômica.²³⁶

Mesmo entendimento foi reiterado pelo Pleno do Pretório Excelso no Recurso Extraordinário n. 199517/SP (Relator, Ministro Maurício Corrêa), também julgado aos 4 de junho de 1998 e assim sumulado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.545/91, DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA À INSTALAÇÃO DE DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. *A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF/88, artigo 170, inciso IV e § único c/c o artigo 173, § 4º).* 2. *O desenvolvimento do*

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Trecho da fundamentação do voto condutor proferido pelo Ministro Nelson Jobim em sede do Recurso Extraordinário n. 193749/SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 4 de junho de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 4 mai. 2001, p. 35. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011.

poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada à medida que impede ou dificulta a expansão das pequenas iniciativas econômicas. 3. Inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 6.545/91, do Município de Campinas, declarada pelo Plenário desta Corte. Recurso extraordinário conhecido, porém não provido.²³⁷

O paradigmático precedente do Recurso Extraordinário n. 193749/SP restou invocado pelo Ministro-Relator Gilmar Mendes à fl. 153²³⁸ dos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2327/SP, ao proferir o voto condutor daquele julgamento. Ao ementar tal acórdão, consignou-se que o delineamento de “distância mínima para a instalação de novas farmácias e drogarias”²³⁹ ofende o “princípio constitucional da livre concorrência”²⁴⁰.

Porém, no caso da alienação de estabelecimento empresarial, o alienante — registra Fabio Ulhoa Coelho — “não pode restabelecer-se na mesma praça, concorrendo com o adquirente, no prazo de 5 anos seguintes ao negócio”²⁴¹, salvo *autorização expressa*, na exata inteligência do art. 1.147 do Código Civil de 2002. Observe-se que não se trata de interdição perpétua, porém *temporária*. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery vislumbram tal interdição temporária à refixação de estabelecimento empresarial como consequência do *princípio da boa-fé objetiva*:

É decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva (CC 422), expressão da função social do contrato e da base do negócio jurídico (CC 421), a circunstância que impede o alienante do estabelecimento de exercer concorrência ao adquirente, prevalecendo-se de sua anterior atividade empresária no referido estabelecimento. A venda de farmácia, por exemplo, faz com que todo o estabelecimento

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ementa do acórdão em sede do Recurso Extraordinário n. 199517/SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 4 de junho de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 13 nov. 1998, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Trecho do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2327/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 8 de maio de 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 22 ago. 2003, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011, grifo nosso.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Trecho da ementa do acórdão em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2327/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 8 de maio de 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 22 ago. 2003, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011, grifo nosso.

²⁴⁰ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

²⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 31, grifo nosso.

empresarial (ponto, aviamento, clientela etc.) seja transferido ao adquirente, de modo que o vendedor não pode abrir comércio semelhante ao adquirente, tomando-lhe a clientela, o aviamento etc. Isto porque quem vende estabelecimento tem o dever de agir (boa-fé objetiva) de conformidade com o que o comprador dele espera: entrega completa do estabelecimento empresarial, com o dever de não lhe fazer concorrência. A norma do CC 1147 *caput* está em conformidade com as do CC 421 e 422. [...]²⁴²

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 No Brasil, mostra-se expressiva a quantidade de trabalhos monográficos publicados em formato de *livros-texto* e dedicados *especificamente ao princípio da proporcionalidade e/ou ao princípio da razoabilidade*, elenco a abranger as mais diversas áreas e temáticas jurídicas, a exemplo da Teoria Geral do Direito, do Direito Constitucional, da Teoria dos Direitos Fundamentais, do Direito Administrativo, do Direito Ambiental, do Direito Tributário, do Direito de Trânsito, do Direito do Consumidor, do Direito Penal, do Direito Processual Civil e do Direito Processual Penal.

2 Na dogmática jurídica brasileira contemporânea, nota-se considerável diversidade de pensamento quanto às distinções e semelhanças entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há correntes doutrinárias que consideram ambos os princípios possuidores do mesmo conteúdo essencial, apesar das origens geográficas e culturais distintas. Há correntes doutrinárias que os distinguem tendo em vista a forma diversa como foram moldados em face dos diferentes sistemas jurídicos em que se forjaram. Há correntes doutrinárias que inserem o princípio da razoabilidade dentro do campo de incidência do princípio da proporcionalidade. E há correntes doutrinárias que encaixilham o princípio da proporcionalidade no interior do princípio da razoabilidade.

3 Serve de achega a esse debate o trabalho intitulado *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*, sobejamente lastreado na jurisprudência anglo-saxônica do final do século XIX e

²⁴² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 803-804.

início do século XX, constante do tomo I do volume XL (correspondente ao ano de 1913) das *Obras Completas de Rui Barbosa*, originalmente redigido sob a forma de memorial forense.

4 No referido memorial forense (§ 278), Rui Barbosa considera *justificável* a limitação *temporal* e *espacial* à *liberdade comercial*, desde que *não* seja uma “interdição *perpétua* e *universal*”, uma vez que, nesse caso, significaria a “*abdicação* da *liberdade* e *personalidade humana*, que o direito não a pode sancionar”. Esteado em tal premissa, infere (§ 301) a “nulidade jurídica dos contratos de cessão de clientela, *ainda mesmo expressos*, quando *sem* limites de tempo e espaço”.

5 Compulsando-se tal memorial alinhavado por Rui, percebe-se o pioneirismo do estadista baiano em se debruçar, na primeira metade da década de 1910, sobre questões jurídicas que se tonariam, mormente a partir de década de 2000, aspecto central do debate jurídico brasileiro, mormente na seara do Direito Constitucional e da Teoria dos Direitos Fundamentais. Mais do que isso: por meio do estudo ruiano, percebe-se a possibilidade de *diálogo* entre a *dimensão da necessidade* do princípio tridimensional da proporcionalidade (matriz alemã) e o *princípio da razoabilidade* (matriz anglo-saxônica).

6 A formulação de origem germânica do critério da necessidade se aproxima, em essência, do *conteúdo* do princípio da razoabilidade extraído por Rui Barbosa da jurisprudência dos Estados Unidos e do Reino Unido do final século XIX e início do século XX, ao defender a *possibilidade* de que seja *regular* e *justificável* a interdição *ilimitada* e *prevista em contrato* da liberdade de *comércio* ou de *indústria*, quando unicamente de cunho temporal, ou quando unicamente de caráter espacial, considerando *irrazoável* (não razoável, sem razão ou irracional) a interdição perpétua e universal de jaez *temporal* e, ao mesmo tempo, *espacial* (§§ 278, 279, 282 e 284).

7 Rui colheu (§§ 279) da obra de Edmund H. T. Snell intitulada “*The Principles of Equity: intended for the use of students and of practitioners?*” precedentes da jurisprudência *inglesa* a reconhecerem a *nulidade* de “contratos de interdição *geral* de um comércio”, salvo se “a interdição, *sendo limitada*, como a de não exercer alguém certo comércio em *determinado lugar ou por tempo razoável?*”. Posto de outro

modo: afigura-se *válido* contrato de interdição de comércio, “se bem que *ilimitado* quanto ao espaço [Nordenfelt v. Maxim Co., Limited, 1894, A. C. 535], ou, até, quando *ilimitado* quanto ao tempo [Haynes v. Doman, 1899, 2 Ch. 13], supondo-se sempre que seja razoável nas circunstâncias de *um e outro caso*”.

8 No entanto, o jurista baiano pondera (§ 280) que o *critério* adotado à *época* na Inglaterra (primeira metade da década de 1910) *deixava* de ser *meramente* de cunho *temporal* e *espacial*, à medida que se disseminava naquela jurisprudência o parâmetro da *razoabilidade* (conjugado com a análise da *abrangência territorial* da proibição ao exercício do comércio).

9 Nesse contexto, para se aquilatar se *determinada* interdição na liberdade comercial de âmbito *territorial* e *temporal* seria *razoável*, Rui Barbosa traz a lume (§§ 280 e 285) baliza pretoriana que muito recorda o princípio parcial da *necessidade* ou da *exigibilidade* de matriz alemã quanto à *proibição de excesso*, isto é, a vedação ao exercício de direito *além* do *indispensável* à adequada proteção do interesse do titular do direito.

10 Rui Barbosa, ao *repelir* as interdições *perpétuas* e *universais* da liberdade de empresa e de concorrência de cunho *simultaneamente* temporal e espacial (previstas, *in casu*, em contratos de alienação de estabelecimentos comerciais e industriais), denota-se *em harmonia* com o princípio constitucional da *liberdade de iniciativa econômica*.

11 Na esteira, menciona-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolvida com alicerce no paradigmático acórdão em sede do Recurso Extraordinário n. 193749/SP (Relator para o acórdão, Ministro Maurício Corrêa), de 4 de junho de 1998, o qual julgou *inconstitucional* norma legal municipal a impor *limitação geográfica* (fixação de distância mínima) para o estabelecimento de *farmácias* e *drogarias*, ao reputar tal ato legislativo ofensivo ao *princípio da livre iniciativa* e deletério à *ordem consumerista*.

12 No plano infraconstitucional também se extrai (*a contrario sensu*) vedação à interdição *perpétua*, na medida em que o art. 1.147 do Código Civil de 2002 veda ao alienante de estabelecimento empresarial fazer concorrência ao adquirente “nos *cinco anos* subsequentes à transferência” (grifo nosso), ou seja, proíbe-se por *prazo certo*, e não de forma ilimitada.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. In: TORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (Org.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho (por duas décadas de docência e pesquisas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 83-299.

_____. *Revista dos Tribunais*, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AMARAL, Thiago Bottino do. *Ponderação de normas em matéria penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: as cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, v. 40, t. 1. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271-316. (Coleção Teoria & Direito Público, v. 2)

BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lucerna, 2009.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil)

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva Braga. *Princípios da proporcionalidade e razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RCS, 2006.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º mai. 2011.

_____. *Decreto n. 5.039, de 7 de abril de 2004*. Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Fundação Casa de Rui Barbosa — FCRB, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5039.htm>. Acesso em: 20 abr. 2011.

_____. *Decreto-Lei n. 22.168, de 25 de novembro de 1946*. Aprova o Regimento Interno da Casa de Rui Barbosa. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=232331>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

_____. *Decreto-Lei n. 3.668, de 30 de setembro de 1941*. Dispõe sobre a publicação das Obras Completas de Rui Barbosa. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=29579>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

_____. Fundação Casa de Rui Barbosa. *Obras Completas de Rui Barbosa* — OCRBdigital. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

_____. *Lei n. 4.943, de 6 de abril de 1966*. Transforma em Fundação a atual Casa de Rui Barbosa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/11/lei-4943-de-1966.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

_____. *Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5991.htm>. Acesso em: 6 mai. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2327/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 8 de maio de 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 22 ago. 2003, p. 20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011.

_____. *Supremo fecha semestre com avanços na informatização de processos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70428&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

_____. (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 193749/SP*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 4 de junho de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 4 mai. 2001, p. 35. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011.

_____. *Recurso Extraordinário n. 199517/SP*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 4 de junho de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 13 nov. 1998, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011.

CALCINI, Fábio Pallaretti. *O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa*. Campinas: Millennium, 2005.

CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (princípio da). *In: Dicionário Jurídico Da Administração Pública*. Lisboa: 1994, separata do v. 6. p. 623-624.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Curitiba: Juruá, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CHADE, Rezek Neto. *O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. Franca: Lemos & Cruz, 2004.

CHAIB, Liana. *O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos; ROSA, Márcio Fernando Elias; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: Direito de Empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva 2008, v. 1.

_____. *Manual de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. A experiência constitucional brasileira: da Carta Imperial de 1824 à Constituição democrática de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 3, p. 183-213.

CORREIA, Belize Câmara. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Fabris, 2009.

CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.

D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Sílvia Paula Alencar. Contribuição de Rui Barbosa para a formação do pensamento constitucional brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ANDRADE, Denise de Almeida de; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de; JUCÁ, Roberta Laena Costa; QUEIROZ, Paulo Roberto Clementino (Org.). *Temas de pensamento constitucional brasileiro*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008, v. 1. Cap. 29, p. 636-660.

ESSADO, Tiago Cintra. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FERREIRA NETO, Manoel Aureliano. *A aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nas relações de consumo: decisões não fundamentadas, que não traduzem os critérios jurídicos na aplicação desses princípios*. São Luís: Fiuza, 2008.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Paulo: RCS, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FROTA, Hidemberg Alves da. *O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

GAVIÃO FILHO, Anizio. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Cap. I, p. 11-29.

_____. O princípio da proporcionalidade em Direito constitucional e em Direito privado no Brasil. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Org.). *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003. p. 583-596.

ELLIS, Evelyn. *The principle of proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo ilegal ou injusto*. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 1-37, jun. 1946.

FARIA, Werter. Noção de empresa no Direito da Concorrência. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná: Semana de Estudos em Homenagem ao Professor Rubens Requião: tendências atuais do Direito Comercial*, Curitiba, n. 29, p. 145-164, 2000.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*. Curitiba: Juruá, 2006. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim)

MORATO, Francisco Antônio de Almeida. Prefácio. In: BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: as cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, v. 40, t. 1, p. XV-XVI. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. (Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 16)

OVALLE, Claudenei Leão. *Os ilícitos contra a ordem tributária e a proporcionalidade das multas aplicáveis*. Leme: Mizuno, 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PUHL, Adilson Josemar. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*. São Paulo: Pillares, 2005.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SÃO PAULO. *Lei n. 10.991, de 13 de junho de 1991*. Disponível em: <<http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/leis/L10991.pdf>>. Acesso em: 5 mai. 2011.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico; implicações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SNELL, Edmund H. T. *The Principles of Equity: intended for the use of students and of practitioners*. 16th ed. London: Stevens & Haynes, 1912. Disponível em: <<http://www.archive.org/download/cu31924021656222/cu31924021656222.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2011.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Máxima da proporcionalidade aplicada: a quebra do sigilo bancário pelo Fisco e o direito fundamental à vida privada*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

Recebido em: 17/04/2012.

Aceito em: 01/07/2012.