

RECEBIDO EM: 20/10/2014

APROVADO EM: 20/02/2015

O CONTEÚDO TEÓRICO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: RELATIVIZANDO A LEGALIDADE ESTRITA E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

*THE THEORETICAL CONTENT OF THE PRINCIPLE OF
REASONABLENESS: RELATIVIZING THE STRICT LEGALITY AND
SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST*

Fábio Rodrigo Victorino¹
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica da razoabilidade; 2 Razoabilidade e proporcionalidade; 3 O princípio da razoabilidade na Administração; 4 Conclusão; Referências.

¹ fabio.victorino@agu.gov.br

RESUMO: O chamado princípio da razoabilidade tem sido utilizado como um dos mecanismos disponíveis ao administrador para afastar eventual rigidez formal que trazem juntos os tradicionais princípios da legalidade estrita e supremacia do interesse público. Trata-se de vertente que posiciona o Direito Administrativo voltado à proteção dos direitos fundamentais contra a ação irrazoável e arbitrária estatal. Cunhado a partir da expressão devido processo legal substancial, basicamente, coíbe situações em que a aplicação da lei gere efeitos desarrazoados ou inaceitáveis socialmente. Nesses casos, prioriza-se muito mais a *finalidade* da norma do que seu conteúdo semântico.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Razoabilidade. Devido Processo Legal Substancial. Legalidade Estrita.

ABSTRACT: The called principle of reasonableness has been used as one of the mechanisms available the administrator to remove eventual formal rigidity that bring together the traditional principles of strict legality and supremacy of the public interest. It is about strand which positions the Administrative Law aimed at protection to fundamental rights against from arbitrary and unreasonable action. Coined from the expression substantive due process of law, basically, shy away from situations where law enforcement manages unreasonable or socially unacceptable effects. In these cases, it prioritizes more the purpose of standard than its semantic content.

KEYWORDS: Principle of Reasonableness. Substantive Due Process of Law. Strict Legality.

INTRODUÇÃO

No senso comum, razoável é o mesmo que racional, sensato, moderado, aceitável, justo.

Na filosofia, o termo razoável implica na “conformidade com a razão ou com as regras que ela prescreve em determinado campo de pesquisa ou em geral”.² Razoabilidade, nesse ponto, equipara-se à ideia de justiça distributiva, como reconheceu Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*³. Segundo o filósofo, “o justo é uma espécie de termo proporcional”. E mais: “eis o que é justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção”.⁴

Já no campo jurídico, usando das palavras do belga CHAÏM PERELMAN, a razoabilidade é um conceito atrelado ao “socialmente aceitável”, atuando “quando a aplicação estrita da lei dá azo a consequências inaceitáveis, porque iníquas, ridículas ou opostas ao bom funcionamento do Estado”. Assim “nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é direito”.⁵

Sua importância, porém, traz consigo um contrapeso: as críticas direcionadas à alta carga de subjetividade que carrega.

Tais críticas, todavia, são legitimadas justamente pela ausência de precisão analítico-conceitual de seu conteúdo – pressuposto de qualquer trabalho científico –, a começar pela confusão feita quando comparados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

É daí que surge a necessidade de se delimitar as bases *teóricas* que compõem a razoabilidade da forma como é conhecida atualmente, visando elucidar sua correta aplicação *prática*.

Para tanto, três serão os caminhos perseguidos: em um primeiro momento, fixaremos as bases históricas de tal princípio (item 1), que nasceu do direito anglo-saxão e posteriormente foi cunhado pela expressão devido processo legal substancial. Sua relação com a proporcionalidade (item 2) vem com o intuito de incrementar seu conteúdo propriamente dito. Aqui vale o registro prévio: o chamado princípio da proporcionalidade nasceu no direito

2 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 830.

3 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção “Os Pensadores”. v. IV, São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 324.

4 *Ibidem*, p. 325.

5 PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 429-37.

alemão depois da Segunda Guerra e possui estrutura prévia delimitada por três subelementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); ao contrário, a razoabilidade é aplicada a partir da análise subjetiva de *meios e fins*. O desfecho do trabalho virá com o direcionamento da razoabilidade perante a Administração Pública como forma de coibir os rigorismos formais da legalidade estrita e da supremacia do interesse público, dois dos cânones do Direito Administrativo tradicional (item 3).

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RAZOABILIDADE

A principal fonte histórica do princípio da razoabilidade está no direito anglo-saxão, em especial na formação da chamada cláusula do devido processo legal desde os primórdios da *Magna Charta* de 1215 e suas confirmações.

O *law of the land* do Capítulo 39 da Magna Carta Inglesa estabelecia que “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, *senão um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra*”.

Já transportado às Colônias Inglesas da América do Norte e implementado pela Constituição norte-americana, o devido processo legal teve lugar garantido nas suas Emendas V (1789) e XIV (1868). A primeira garantiu que ninguém será “privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal”. A segunda estabeleceu que nenhum Estado “poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal”.

Dessas duas Emendas, extrai-se o caráter dúplice do devido processo legal: em primeiro plano, era meramente formal (*procedural due process*), garantindo ao cidadão americano um processo regular e justo. Os atos do governo, em sentido *lato*, deveriam obedecer a determinadas normas, formas ou métodos para que não houvesse prejuízo aos direitos individuais.⁶

Posteriormente, tal garantia já não mais cabia nos anseios daquela sociedade. Foi aí que a Suprema Corte dos Estados Unidos concedeu conteúdo substancial ao devido processo legal (*substantive due process*), utilizando-o efetivamente como forma de controle de constitucionalidade dos atos estatais. Na prática, além de questões procedimentais e com base em critérios de razoabilidade (*reasonableness*), passou a promover a

6 BITAR, Orlando. *Obras completas de Orlando Bitar: estudos de direito constitucional e direito do trabalho*. v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 554. Sobre o tema, v. COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002. p. 359-63.

proteção dos direitos fundamentais contra a ação irrazoável e arbitrária estatal (*protection from arbitrary and unreasonable action*).⁷

A essência do devido processo legal substancial, como se vê, ocorreu com base num fenômeno estudado pela hermenêutica constitucional: a chamada mutação constitucional, ou seja, a alteração do sentido da norma, sem modificá-la formalmente. Sua ratificação legislativa ocorreu tempos depois com a mencionada Emenda XIV da Constituição Americana.⁸

Dessa ideia, nasceu o que conhecemos hoje como princípio da razoabilidade. Nas palavras de ORLANDO BITAR, referido conceito estava no que a Suprema Corte chamou de *rule of reasonableness*: “se a finalidade para a qual a lei foi promulgada era razoável, se são empregados meios razoáveis para alcançar o seu objetivo, se tais meios guardam uma proporção substancial e razoável com os fins da lei e se esta não impõe limitações irrazoáveis sobre a liberdade de contrato ou os direitos adquiridos (*vested rights*), então a Corte aceitará a lei como expressão legítima e constitucional do poder de polícia”.⁹

No Brasil, sua trajetória foi a mesma, sobretudo pela alta influência americana na formação do constitucionalismo brasileiro, capitaneada na época por RUI BARBOSA. Um parêntese: o devido processo legal foi instituído na Constituição de 1824 (art. 179, VIII e XI). Comentando a Constituição de 1891 (art. 72, §§ 15 e 16), RUI assenta que referida cláusula “assegura aos cidadãos a vida, a liberdade, a propriedade, todos os seus direitos e imunidades, pondo-os sob a proteção das disposições gerais, que regem a comunhão”, sendo que, “de todas as limitações impostas pelo povo soberano às autoridades, essa é a mais importante delas” (*the most important*).¹⁰

7 BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal e o Estado de Direito. *Revista trimestral de direito público*, n. 19, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 51; FIGUEIREDO, Lucia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista trimestral de direito público*, n. 15, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 35; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 57.

8 Sobre o processo de mutação constitucional em geral, v. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1102; BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, *passim*. Sobre a mutação do devido processo legal em especial, v. CASTRO, op. cit., p. 57-8.

9 BITAR, op. cit., p. 557. Os outros critérios apontados pelo Autor como possíveis *standards* do devido processo legal são: (i) *rule of expediency*, em que pela experiência deve perquirir se, de fato, eram necessárias as restrições efetivadas pelo poder de polícia; (ii) *balance of convenience*, que inquirir da *proporção equitativa* entre o grau de intervenção da lei nos direitos dos particulares e a vantagem coletiva superveniente; e (iii) *rule of certainty*, critério pelo qual as leis de polícia social devem deixar claro e certo tudo que prescrevem ou consentem, sob sanções prévias e certas.

10 BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. v. V, São Paulo: Saraiva & CIA, 1934. p. 386-7.

Na atual Constituição, o devido processo legal vem insculpido no art. 5º, LIV, segundo o qual, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Essa é, pois, a base normativa atual do princípio da razoabilidade.

2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Um dos grandes problemas da razoabilidade reside justamente na sua relação com o chamado princípio da proporcionalidade¹¹. Embora tenham afinidade reconhecida, inclusive, pelo Tribunal Constitucional Alemão (responsável pela proporcionalidade)¹², tais princípios devem ser tratados de forma distinta.

Tal premissa, ao que parece, foi seguida pelo legislador brasileiro ao catalogar razoabilidade e proporcionalidade como princípios do processo administrativo federal (Lei nº 9.784/99, art. 2º).

No Brasil, porém, doutrina e jurisprudência parecem não ter se atentado a isso. Fala-se, assim, identidade prática¹³, relação de fungibilidade¹⁴, total semelhança¹⁵ ou associação.¹⁶ Dentre os administrativistas, há quem sustente que a proporcionalidade é faceta da razoabilidade¹⁷ ou o contrário¹⁸. No Supremo Tribunal Federal é comum encontrar a expressão “afronta

11 Cf., sobretudo, SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. In: TORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (orgs.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 89 e s.

12 EMILIOU, Nicholas. *The principle of proportionality in european law*. Londres: Kluwer Law International, 1996. p. 38: “The BVerfGE has often connected the Idea of reasonableness with the principle of proportionality”.

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

14 BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Política*, n. 23, São Paulo: RT, 1998. p. 69.

15 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 85.

16 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 67.

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 101; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 81; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 101.

18 ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 150.

ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade”, dando a entender que se trata de coisas idênticas.¹⁹

Para aqueles que se debruçam no estudo da proporcionalidade propriamente dita, no entanto, é comum encontrar as razões que distanciam ambos os princípios.²⁰

Ao contrário da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade teve origem no controle do poder de polícia estatal e não guarda nenhuma ligação com a Magna Carta de 1215.²¹ Tinha como premissa a *proporção* entre a prática de um delito e a aplicação da respectiva pena – ideia transposta ao direito administrativo no século XIX em favor dos “direitos naturais” reconhecidos na época. Atuava, pois, como típica *proibição de excesso*.

O alemão Otto Mayer revela o verdadeiro sentido da proporcionalidade durante a República de Weimar assentando que “o poder de polícia não atua sobre os que estão submetidos à sua jurisdição senão no tanto em que a perturbação deles emane. O fundamento do poder de polícia no direito natural exige que a defesa esteja na proporção com a perturbação; desse modo se fixe a medida do poder de polícia. Não cabe presumir que a lei, mediante as autorizações gerais em virtude das quais procede a autoridade policial, tenha querido permitir uma defesa que exceda a esta medida natural. Assim, pois, esta medida natural adquire a importância de um limite jurídico sério”.²²

Depois da Segunda Guerra (década de 50), com a derrota política do positivismo, as insuficiências teóricas do jusnaturalismo e a consagração do chamado novo constitucionalismo, o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) deu novos contornos ao princípio da proporcionalidade, agora encarado como o meio correto de solucionar conflito entre princípios a partir de três subelementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

19 Cf. STF, HC nº 76.060-4, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Lex-STF*, v. 304, p. 304 (309): “o confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular” (trecho extraído do voto do relator).

20 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003. p. 69; SILVA, op. cit., p. 89; PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 90; ARAUJO, Francisco Fernandes. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002. p. 57; STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 187.

21 SILVA, op. cit., p. 91.

22 MAYER, Otto. *Derecho administrativo Alemán*. Tomo II, Buenos Aires: Roque Depalma, 1982. p. 31.

Em suma, seguindo sistematização feita por PAULO BONAVIDES, o princípio da proporcionalidade passou por três estágios que delimitam sua trajetória. O primeiro “tem o mesmo significado do princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) no Direito de Polícia (*Polizeirecht*)”. O segundo “biparte-se nos princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, compreendendo ainda um círculo de aplicação relativamente limitado”. E o terceiro e atual “serve o princípio da proporcionalidade para designar a ‘tríade’ de subprincípios ou conceitos parciais conhecidos como regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (*Geeignetheit, Erforderlichkeit e Verhältnismässigkeit i. e. S.*)”.²³

Como se vê, já em suas origens, proporcionalidade e razoabilidade se distanciam. E o fundamento e conteúdo de cada um deles segue a mesma linha.

A razoabilidade, como visto, decorre do devido processo legal substancial. Já a proporcionalidade tem como fundamento o Estado de Direito Material (*Rechtsstaat*)²⁴ e a própria estrutura dos direitos fundamentais, tidos como princípios, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado da melhor forma possível, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.²⁵

O princípio da proporcionalidade é aplicado mediante a análise ordenada de seus três subprincípios adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para solucionar um conflito entre dois bens de valia constitucional. Em tempo: a adequação “significa que a providência se mostra adequada ao objetivo almejado [...]; envolve, pois, correspondência de meios e fins”. A necessidade “supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; equivale a exigibilidade desta intervenção”. E a proporcionalidade em sentido estrito “implica em justa medida; que a providência não fica aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos; e porque trata de limites, de

23 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 406.

24 CANOTILHO, op. cit., p. 266; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 159; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 189. Aqui cabe um parêntese: a trajetória do Estado de Direito se iniciou com uma tendência formalista (Estado de Direito Formal) durante a República de Weimar caracterizado pelo famoso *Império da Lei*, onde o Estado, em termos práticos, caminhava em conformidade com o livre-arbítrio atribuído ao legislador. Depois da Segunda Guerra, cunhou-se o termo Estado de Direito Material em que se tinha a vinculação do Estado a determinados princípios e valores superiores do Direito, que seriam *valores fundamentais* da ordem da vida em comum positivadas pela Constituição. Sobre o tema, v. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 31 e s.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999. p. 52 e s. Refletindo a ideia do Estado de Direito Formal, v. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996. p. 137 s.

25 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 111.

restrições e de suspensão de direitos fundamentais, ela traduz-se em proibição do excesso”.²⁶

Já o princípio da razoabilidade não tem estrutura determinável. Sua função é ditar um *standard* subjetivo, unilateral, utilizado para a averiguação da totalidade das circunstâncias do caso em que deverá ser aplicada em uma relação de meio e fim.

Por consequência, o respeito à razoabilidade implica na não ultrapassagem dos limites considerados *aceitáveis* em termos jurídicos (*função negativa*). Já a proporcionalidade vai além e demarca aqueles limites fixando os parâmetros a serem respeitados (*função positiva*), mesmo que, em primeiro plano, pareça ser “irrazoável” ir além.²⁷

Trata-se de premissa análoga àquela exposta por LUÍS ROBERTO BARROSO ao encarar o princípio da razoabilidade sob dois prismas: *razoabilidade interna* (dentro da lei) que seria a “verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados” e a *razoabilidade externa* que visa sua “adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional”.²⁸

3 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO

As dificuldades encontradas na aplicação do princípio da razoabilidade giram em torno da alta carga de subjetividade que a tarefa carrega e sua íntima ligação com o ideal de justiça. A depender dos objetivos perseguidos pelo intérprete, razoável pode ser ponte para arbitrariedades inaceitáveis, sobretudo nos atos discricionários praticados pela Administração.

O problema, porém, não é restrito ao aludido princípio: já na hermenêutica jurídica tradicional é possível encontrar lições como as de HANS-GEORG GADAMER²⁹ que, partindo círculo hermenêutico pensado por

26 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 218.

27 GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25-6. Também reconhecendo essa função positiva: PALASI, José Luiz Villar. *Derecho administrativo: introducción y teoría de las normas*. Madrid: Universidad de Madrid, 1968. p. 553-4.

28 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 226.

29 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. I, Petrópolis: Vozes, 1997; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. II, Petrópolis: Vozes, 2002.

HEIDEGGER³⁰, delinea os pré-objetivos buscados pelo intérprete no processo de interpretação, que muitas vezes podem ser desvirtuados.

Nas palavras do Autor:

Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.³¹

No caso da proporcionalidade, tal situação é temperada na medida em que a subjetividade do intérprete é reduzida com a aplicação procedimentalizada pré-definida de seus três subelementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – fato que aumenta o dever de motivação do respectivo ato.

Seja como for, a aplicação do princípio da razoabilidade pela Administração Pública tem como escopo principal quebrar eventuais discrepâncias oriundas da aplicação mecânica e formal da legalidade – legado que parte do Executivo ainda carrega e defende com unhas e dentes, seguindo os primórdios do Direito Administrativo tradicional.

O argentino BIDART CAMPOS, ao tratar da relação entre os princípios da legalidade e razoabilidade reconhece que o *conteúdo material de justiça* a ser dado ao princípio formal da legalidade se manifesta justamente no princípio da razoabilidade.³² Traduz-se, como já dito, em um princípio com conteúdo material albergado na ideia de justiça, que se sobrepõe aos rigorismos formais da legalidade estrita.

As palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO são de grande valia:

30 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988.

31 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 356.

32 CAMPOS, German J. Bidart. *Manual de la Constitución reformada*. Tomo I, Buenos Aires: Sociedad Anónima, Comercial, Industrial y Financiera, 2005. p. 515.

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas e bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa, muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente as condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia irrogar dislates à própria regra de Direito.³³

A faceta da razoabilidade que representa fielmente tal premissa está no que chamam de *proibição de excesso*, como assenta KARL LARENZ em seu *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*.³⁴

Fixadas tais premissas, já é possível ver que o grande campo de atuação da razoabilidade reside justamente nos atos discricionários, em que a própria lei confere ao administrador liberdade de atuação, evitando a adoção de uma única solução rígida que possivelmente não levaria à otimização da finalidade legal voltada ao *interesse público primário*.³⁵ Essa é, também, a ponte para as dificuldades práticas na sua aplicação.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 79.

34 LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 2001. p. 145.

35 Segundo o italiano Renato Alessi, o *interesse público secundário* é aquele interesse particular do Estado como pessoa jurídica, ao contrário do *interesse público primário* que envolve os interesses voltados à sociedade (coletividade), sendo que apenas este último é o interesse público que legitimamente pode a Administração socorrer. Cf. ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo I*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1978. p. 232-3. No Brasil, aludida distinção é trazida por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 56.

A tarefa do administrador só não é pior que a do legislador que, em muitas ocasiões, se vê na inglória situação de prever *in abstracto* as mais variadas situações concretas (fatores de incidência da norma) a partir de premissas incertas, seja porque os efeitos de uma determinada medida legislativa são incertos, seja porque é incerto o que a constituição exige.³⁶

No caso do administrador, já há um juízo prévio de ponderação feito pelo legislador – o conteúdo da norma propriamente dito – capaz de guiar sua atuação na confecção do ato administrativo e em eventual controle jurisdicional. Tais parâmetros não podem simplesmente ser ignorados em respeito ao princípio da legalidade estrita e ao princípio formal da competência decisória do legislador, substanciado na ideia de que as decisões por ele tomadas devem ser respeitadas, na maior medida possível, não porque são válidas, materialmente boas ou proporcionais, mas porque se baseiam no princípio formal de sua competência decisória.³⁷

A razoabilidade seria o ingrediente capaz de tornar raciocinável e humanamente aceitável a *interpretação/aplicação* da lei, livre de conceitos meramente formais. Dito de outra maneira, é o que prega, em suma, a *lógica do razoável* difundida por RECASÉNS SICHES. Segundo o Autor, a *lógica do racional*, ditada por esquemas formais abstratos, dá lugar à *lógica do razoável*, voltada para solução material de problemas práticos da sociedade almejando justiça³⁸. Sua teoria, como se vê, é uma forma de unir o direito à realidade – veja-se que expressão *interpretação/aplicação* da lei não é à toa.³⁹

36 SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. III. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 927. No entanto, “a incerteza sobre os efeitos de uma lei ou um futuro incerto não podem eliminar a competência do legislador para proferir uma lei, ainda que esta seja de grande transcendência” (ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficentia et Perita Iuris, 2004. p. 91).

37 Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 100. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 145. Sobre tais dificuldades e o papel do princípio da proporcionalidade relacionado ao princípio formal da competência decisória do legislador, v. VICTORINO, Fábio Rodrigo. Proporcionalidade e o princípio formal da competência decisória do legislador. *Revista da AGU*, Ano XII, n. 38, out./dez. 2013, Brasília-DF.

38 RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981. p. 210 e s.

39 A expressão é utilizada, por exemplo, por Canotilho (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1109-0) e Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, *passim*) fundindo o processo de interpretação/aplicação do Direito como instrumento de formação de uma *norma de decisão*. Há um trecho de voto proferido por Eros Grau enquanto Ministro do STF que merece destaque: “Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou

Analisando alguns casos concretos, no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, é possível encontrar alguns julgados que primam por esse ajuste teórico antes de dar cabo ao problema prático a ser julgado. Nesse sentido, declarou que “a razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade ‘aquilo que não pode ser’. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a *proporcionalidade*, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado”.⁴⁰

Com base nesse raciocínio, por exemplo, o STJ legitimou a concessão de passe livre aos fiscais do trabalho para o fim de viabilizar o bom andamento de seu serviço à luz do princípio da menor onerosidade possível. A razoabilidade entrou para temperar eventual rigorismo na aplicação do art. 630, §5º, da CLT: “Havendo linhas regulares, com o mesmo itinerário, não há razoabilidade em que os fiscais utilizem-se gratuitamente de um serviço prestado seletivamente. O fato de a lei conceder a esses servidores a possibilidade de deslocamento, não significa que deva ser no meio de transporte mais oneroso”.

Da mesma forma, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal refletem o emprego da razoabilidade como típico princípio jurídico material em favor do conceito de justiça.

Dentre as diversas manifestações do STF, uma delas nos chamou atenção: a medida liminar proferida na ADI nº 2290-3 DF, Rel. Min. Moreira Alves, que visava a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da Medida Provisória nº 2.045-2, de 28 de julho de 2000, que suspendera temporariamente o registro de armas de fogo, salvo para seus três incisos (Forças Armadas, Órgãos de Segurança Pública e empresas de segurança privada regularmente constituídas).

Nas palavras do Min. Relator, referida norma “restringe, de maneira tão drástica que praticamente inviabiliza, a comercialização de armas de fogo, especialmente no tocante ao comércio varejista, apesar de continuar ela lícita nesse período de suspensão de registro”. Dessa forma, concluiu: “afigura-se-

a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento” (STF, Reclamação nº 3.034-2/PB AgR, Min. Rel. Sepúlveda Pertence).

40 STJ, REsp. nº 443.310/RS, Rel. Min. Luiz Fux, *Diário da Justiça*, 3/11/2003.

me desarrazoada norma que, sem proibir a comercialização de armas de fogo, que continua, portanto, lícita, praticamente a inviabiliza de modo indireto e provisório, o que não é sequer adequado a produzir o resultado almejado (as permanentes segurança individual e coletiva e proteção do direito à vida), nem atende à proporcionalidade em sentido estrito”.

Em outra oportunidade, assentou-se que “a norma legal que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, *ofende o critério da razoabilidade* que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder de normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa”.⁴¹

Nesse caso, em termos práticos, a razoabilidade atuou como típica proibição de excesso aos benefícios concedidos pelo Poder Público por destoarem daquilo que o STF considerou razoável.

4 CONCLUSÃO

Os exemplos práticos acima citados confirmam o que foi dito acima quanto à confusão feita por nossos Tribunais quando o assunto é razoabilidade ou proporcionalidade.

Tais imprecisões, no entanto, são muito mais semânticas do que em essência, já que os dois princípios perseguem um conceito de alto grau de imprecisão teórica e extremamente almejado na prática: a justiça no caso concreto.

Cada um com seu papel: a proporcionalidade aplicada em um infinito campo de colisões entre dois ou mais princípios de índole constitucional; a razoabilidade aplicada, sobretudo, nos atos discricionários como um princípio de justiça material, destinado a relativizar os efeitos da legalidade estrita aplicada às cegas pelo administrador.

41 STF, ADI nº 1.158-8/AM MC, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, 26/5/1995: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS – VANTAGEM PECUNIÁRIA IRRAZOÁVEL E DESTITUÍDA DE CAUSA – LIMINAR DEFERIDA. – A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do “substantive due process of law”, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa”.

Um último registro: a liberdade conferida ao administrador nunca é abstrata. Sua discricionariedade, na teoria, vem sempre pautada por um norte fixado pelo legislador no exercício de seu mister constitucional, viabilizando a busca por uma solução otimizada para aquele caso concreto.

Mesmo assim, mostra-se pouco condizente com a realidade do Executivo a presunção de que sempre adota a solução *ideal*, ignorando outras possibilidades que também persigam o interesse público e, em contrapartida, afetem em menor grau direitos fundamentais contrapostos.

Diante das dificuldades encontradas nesse juízo ilimitado de ponderações que inclui os mais variados fatores, só nos resta repetir as palavras do mestre português Afonso Rodrigues Queiró, citado por Bandeira de Mello: “o fato de não se poder saber o que uma coisa é não significa que não se possa saber o que ela não é”⁴². Ao menos para sinalizar o que *não se deve fazer* em um Estado Democrático de Direito a razoabilidade tem se mostrado muito útil.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo* I. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1978.

ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficentia et Perita Iuris, 2004.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAUJO, Francisco Fernandes. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção “Os Pensadores”. v. IV, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

42 MELO, op. cit., 112.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. v. V, São Paulo: Saraiva & CIA, 1934.

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

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Política*, n. 23, São Paulo: RT, 1998.

BITAR, Orlando. *Obras completas de Orlando Bitar: estudos de direito constitucional e direito do trabalho*. v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal e o Estado de Direito. *Revista trimestral de direito público*, n. 19, São Paulo: Malheiros, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPOS, German J. Bidart. *Manual de la Constitución reformada. Tomo I*, Buenos Aires: Sociedad Anônima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

EMILIOU, Nicholas. *The principle of proportionality in european law*. Londres: Kluwer Law International, 1996.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista trimestral de direito público*, n. 15, São Paulo: Malheiros, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. *Verdade e método*. v. I, Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *Verdade e método*. v. II, Petrópolis: Vozes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

_____. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 2001.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo Alemán*. Tomo II, Buenos Aires: Roque Depalma, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PALASI, José Luiz Villar. *Derecho administrativo: introducción y teoría de las normas*. Madrid: Universidad de Madrid, 1968.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. III. Coimbra: Coimbra, 2012.

_____. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. O proporcional e o razoável. In: Torrens, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (orgs.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Proporcionalidade e o princípio formal da competência decisória do legislador. *Revista da AGU*, Ano XII, n. 38, out./dez. 2013, Brasília-DF.