

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRO-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA-PROPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA - PMCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PAPEL E A CONCEPÇÃO DE RAZOABILIDADE NO
CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

DALTRO DIAS

Itajaí (SC), dezembro de 2009

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRO-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA-PROPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA - PMCJ

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O PAPEL E A CONCEPÇÃO DE RAZOABILIDADE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

DALTRO DIAS

Dissertação submetida ao Programa de Mestrado
em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do
Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção
do Título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Itajaí (SC), dezembro de 2009

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

A minha esposa Ana Cristina e aos meus filhos Ana Carolina e Joaquim Daltro, pelo amor incondicional e compreensão em todos os momentos, que, sensíveis ao meu desejo de realizar este projeto, jamais demonstraram descontentamento pelos dias em que estive ausente por conta dos estudos, mas, deixavam sempre evidente o orgulho que sentiam ao saber que minhas ausências tinham como motivo o empenho na conclusão deste Curso.

Ao Coordenador Geral do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, pela firmeza e disciplina dirigida aos alunos no compromisso com a Ciência, acompanhada sempre de um toque pessoal de carinho e humanidade.

Ao Professor Doutor Marcos Leite Garcia, por aceitar a orientação deste trabalho, pelo incentivo, compreensão e por seus valiosos ensinamentos.

A todos os professores e funcionários do Curso de Mestrado da Univali, em especial ao Professor Clovis Demarchi e aos funcionários Jaqueline Moretti Quintero, Alexandre Zarske de Mello e Lucilaine Ignácio da Silva, pelo atendimento profissional e gentil que sempre dedicam a todos.

Ao Mestrando, Amigo e sempre vereador itajaiense Rogério Nassif Ribas, pelo incentivo e apoio recebido na realização deste Curso.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho:

Aos meus pais, Waldemar e Brasília, a quem devo
os ensinamentos de viver com honestidade.

A minha esposa Ana Cristina, pela força, perseverança
e entusiasmo que dedica a nossa família e aos nossos sonhos.

Aos meus filhos, Ana Carolina e Joaquim Daltro, fonte
de inspiração, coragem e energia, que me proporcionam
uma vida feliz e nutrida de muito amor.

Aos meus sogros Joaquim e Sueli, pelo apoio incondicional
em todos os momentos importantes, e pelos valiosos
ensinamentos de como é possível viver com alegria.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade sobre o mesmo.

Itajaí, dezembro de 2009.

Daltro Dias

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A SER FORNECIDA PELA UNIVERSIDADE

ROL DE ABREVIATURAS

ADIN: Ação direta de inconstitucionalidade

art.: artigo

CPC: Código de Processo Civil

CRFB/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

p.: página.

RE: Recurso Extraordinário

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO.....	IX
RESUMEN	X
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1.....	5
OS PRINCÍPIOS DE DIREITO E SUA AFIRMAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	5
1.1 A expressão ‘princípios’ e suas características básicas.....	5
1.2 A busca pela normatividade dos princípios.....	6
1.2.1 O positivismo jurídico e a razão humana.....	8
1.2.2 A concretização dos princípios constitucionais.....	12
1.3 Características e conceito de princípios constitucionais.....	14
1.4 A teoria dos princípios de Ronald Dworkin.....	18
1.5 A teoria dos princípios de Robert Alexy.....	24
CAPÍTULO 2.....	29
A RAZOABILIDADE E SEU ESTATUTO DE PRINCÍPIO.....	29
2.1 Aspectos gerais sobre a expressão ‘razoável’.....	29
2.1.1 Alguns exemplos da positivação da expressão ‘razoável’ no ordenamento jurídico brasileiro.....	31
2.2 Origem do princípio da razoabilidade.....	34
2.2.1 A <i>common law</i>	34
2.2.2 O <i>due process of law</i> e o <i>substantive due process</i>	35
2.2.3 A razoabilidade e a conexão com o devido processo legal.....	38
2.3 Razoabilidade - princípio constitucional implícito.....	40
2.4 Características e definição de razoabilidade.....	43
2.4.1 Razoabilidade, bom senso e/ou consenso.....	43
2.4.2 A razoabilidade como dialética negativa.....	45
2.4.3 Uma tentativa de definir o princípio da razoabilidade.....	46
2.5 A razoabilidade interna e a razoabilidade externa.....	50

2.6	Uma breve noção sobre direitos fundamentais.....	54
2.7	A discricionariedade.....	55
 CAPÍTULO 3.....		61
O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE: ASPECTOS DESTACADOS DO STF.....		61
3.1	Uma necessária abordagem sobre a proporcionalidade.....	61
3.1.1	Origem e definição.....	61
3.1.2	Os subelementos da proporcionalidade.....	65
3.1.2.1	A adequação.....	66
3.1.2.2	A necessidade.....	67
3.1.2.3	A proporcionalidade em sentido estrito.....	67
3.2	Identidade ou distinção entre o princípio da razoabilidade e a proporcionalidade.....	69
3.3	O princípio da razoabilidade no controle jurisdicional da discricionariedade.....	74
3.4	O princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF.....	76
3.4.1	Os primeiros registros do princípio da razoabilidade no STF.....	78
3.4.2	O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea do STF.....	80
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....		91
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....		98

RESUMO

Esta Dissertação tem por objetivo aprofundar os conhecimentos sobre o princípio da razoabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Centrando o assunto na linha de pesquisa Hermenêutica e Principiologia Constitucional, conectada com a Área de Concentração nos estudos dos Fundamentos do Direito Positivo, abordou-se a origem e o espaço normativo ocupado pelo princípio da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro, valendo-se, para tanto, de uma análise na doutrina brasileira e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Há o reconhecimento na doutrina, de que a razoabilidade é princípio constitucional implícito, servindo como meio de controle jurisdicional da atividade discricionária estatal, e como parâmetro de interpretação e aplicação da norma ao caso concreto, em atendimento ao fim constitucional. A crescente relatividade na manifestação dos direitos, em contraposição com a antiga concepção de direito com caráter absoluto, passou a exigir do intérprete da lei a utilização de juízos de ponderação como o princípio da razoabilidade. Encontra-se na doutrina teses que defendem uma relação de fungibilidade entre a razoabilidade e a proporcionalidade, como também existem autores que sustentam a diferença entre os dois institutos, estabelecendo, inclusive, que um se trata de princípio e outro de regra. Neste contexto, inicia-se no primeiro capítulo uma abordagem sobre a busca da normatividade dos princípios constitucionais, que surge como alternativa de superação do campo restrito e limitado das regras, como forma de concretização de direitos. O segundo capítulo é dedicado a razoabilidade como estatuto de princípio, recorrendo-se sobre sua origem na *common law*, a conexão com o princípio do devido processo legal, a definição atual dada pela doutrina brasileira. Em seguida, apresenta-se uma breve noção sobre direitos fundamentais, e, finalizando o segundo capítulo, trata-se da definição e de alguns aspectos gerais sobre a discricionariedade. No terceiro capítulo é estabelecido um entendimento sobre a proporcionalidade e seus subelementos, selecionando-se aportes doutrinários sobre a identidade e a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, e, por fim, registra-se a utilização do princípio da razoabilidade em algumas decisões proferidas pelo STF.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Princípio da razoabilidade. Discricionariedade. Proporcionalidade. Controle jurisdicional.

RESUMEN

Esta Disertación tiene como objetivo profundizar los conocimientos sobre el principio de la razonabilidad en el ordenamiento jurídico brasileño. Centrando el asunto en la línea de investigación Hermenéutica y Principiología Constitucional, vinculada al Área de Concentración de los estudios de los Fundamentos del Derecho Positivo, se abordó el origen y el espacio normativo ocupado por el principio de la razonabilidad en el constitucionalismo brasileño, valiéndose, para ello, de un análisis en la doctrina brasileña y en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF). Existe un reconocimiento en la doctrina de que la razonabilidad es principio constitucional implícito, sirviendo como medio de control jurisdiccional de la actividad discrecional del estado y como parámetro de interpretación y aplicación de la norma al caso concreto, en atención al fin constitucional. La creciente relatividad en la manifestación de los derechos, en contraposición a la antigua concepción de derecho con carácter absoluto, pasó a exigir del intérprete de la ley la utilización de juicios de ponderación como el principio de la razonabilidad. En la doctrina se encuentran tesis que defienden una relación de fungibilidad entre la razonabilidad y la proporcionalidad, así como también existen autores que mantienen la diferencia entre los dos institutos, estableciendo, inclusive, que en uno se trata de principio y en el otro de regla. En este contexto, se inicia en el primer capítulo un abordaje sobre la búsqueda de la normatividad de los principios constitucionales, que surge como alternativa de superación del campo restringido y limitado de las reglas como formas de concretización de derechos. El segundo capítulo está dedicado a la razonabilidad como estatuto de principio, discutiendo sobre su origen en la *common law*, el vínculo con el principio del debido proceso legal, la definición actual dada por la doctrina brasileña. A continuación se presenta una breve noción sobre derechos fundamentales y, finalizando el segundo capítulo, se trata de la definición y de algunos aspectos generales sobre la discrecionalidad. En el tercer capítulo se establece un entendimiento sobre la proporcionalidad y sus subelementos, seleccionándose aportes doctrinarios sobre la identidad y la distinción entre razonabilidad y proporcionalidad y, por último, se registra la utilización del principio de la razonabilidad en algunas decisiones proferidas por el STF.

Palabras clave: Principios constitucionales. Principio de la razonabilidad. Discrecionalidad. Proporcionalidad. Control jurisdiccional.

INTRODUÇÃO¹

A presente Dissertação é resultado de pesquisa que tem por objeto² uma análise sobre o papel e a concepção do princípio da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro.

O objetivo institucional desta Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI.

O objetivo científico deste trabalho situa-se na investigação sobre a origem e o espaço normativo ocupado pelo princípio da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. Para alcançar estes objetivos, utilizou-se de uma análise na doutrina e na jurisprudência do STF.

Na escolha do tema³ levou-se em consideração a não inserção de forma explícita do princípio da razoabilidade na CRFB/88, a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a (in)existência de uma relação de fungibilidade entre a razoabilidade e a proporcionalidade, e, também, as reflexões doutrinárias levantadas por alguns autores sobre o tratamento inadequado que o STF tem dado ao princípio da razoabilidade.

No tocante a Metodologia utilizada, durante a Fase de Investigação⁴ foi utilizado o Método Indutivo⁵, e, na Fase de Tratamento de Dados o

¹ Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. rev. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 178.

² “(...) é o motivo temático (ou causa cognitiva, vale dizer, o conhecimento que se deseja suprir e/ou aprofundar) determinador da realização da investigação.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, 2007, p. 77.

³ “(...) é o assunto a que se dedica o Pesquisador na Pesquisa Científica e sobre o qual será formulado o Problema e estabelecidas as hipóteses.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, 2007, p. 243.

⁴ “(...) momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, 2007, p. 101.

Método Cartesiano⁶. Na elaboração do relatório foi empregada a base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as Técnicas do Referente⁷, da Categoria⁸, do Conceito Operacional⁹ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁰.

Para a presente Dissertação foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) a razoabilidade apresenta-se no ordenamento jurídico brasileiro como princípio constitucional implícito;

b) a possibilidade da autoridade estatal decidir por uma entre duas ou mais normas possíveis, caracteriza atividade discricionária;

c) desde que utilizado corretamente, o princípio da razoabilidade é meio eficaz para controlar a atividade discricionária;

d) o princípio da razoabilidade não é sinônimo do princípio da proporcionalidade, mas teria derivação neste;

⁵ “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, 2007, p. 104.

⁶ As regras do Método Cartesiano (evidenciar, dividir, ordenar, avaliar), ver em LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 22-26.

⁷ “ (...) explicitação prévia do(s) motivos, do(s) objetivos e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, 2007, p. 62.

⁸ “(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, 2007, p. 31.

⁹ “(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, 2007, p. 45.

¹⁰ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, 2007, p. 239.

e) O STF vem utilizando o princípio da razoabilidade numa relação de fungibilidade com o princípio da proporcionalidade.

Obedecendo esta ordem metodológica, o trabalho foi desenvolvido em três capítulos, cada um deles subdividido em itens que buscam estabelecer uma conexão lógica no relato dos resultados da pesquisa.

No primeiro capítulo, denominado “Os princípios de direito e sua afirmação constitucional”, procura-se demonstrar, numa visão contextual, alguns aspectos que envolvem a trajetória da busca pela normatividade dos princípios de direito à afirmação constitucional. Neste sentido, aborda-se a complexidade da positivação do direito através da razão humana, e busca-se na doutrina brasileira uma compreensão sobre o significado dos princípios constitucionalizados. Por fim, destaca-se alguns aportes sobre a teoria dos princípios defendidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

No segundo capítulo, como o próprio título sugere, “A razoabilidade e seu estatuto de princípio”, aborda-se o caráter normativo reconhecido ao princípio da razoabilidade. Dedicar-se inicialmente uma análise sobre os aspectos gerais e o significado da expressão “razoável”, utilizada em alguns dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro. Aborda-se posteriormente um estudo sobre a origem da razoabilidade e sua conexão com o princípio constitucional do devido processo legal. Discorre-se sobre o reconhecimento da razoabilidade como princípio constitucional, sua definição encontrada na doutrina brasileira atual, abordando-se algumas características que envolvem o conceito deste princípio, como sua relação com o bom senso e/ou o consenso. Em seguida apresenta-se os critérios utilizados por parte da doutrina brasileira no teste de aferição da razoabilidade. Por fim, considerando a relação existente entre a razoabilidade, direitos fundamentais e a discricionariedade, foram selecionados alguns aportes doutrinários com objetivo de estabelecer um entendimento sobre a definição de direitos fundamentais e Poder Discrecionário.

No terceiro e último capítulo, denominado “O princípio da razoabilidade e a proporcionalidade: aspectos destacados do STF”, pretende-se

enfrentar a discussão sobre a identidade ou distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, e o tratamento que o STF tem dispensado ao princípio da razoabilidade. Para atender tais propósitos, inicia-se com uma abordagem sobre a origem e a definição da proporcionalidade, seus subelementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, com inserção da discussão se o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a proporcionalidade como princípio ou regra. Posteriormente relaciona-se aportes doutrinários dos autores que defendem a existência, e dos que sustentam a inexistência, de uma relação de fungibilidade entre a razoabilidade e a proporcionalidade. Em seguida, ingressando na análise do controle jurisdicional da discricionariedade através do princípio da razoabilidade, colaciona-se aportes doutrinários que relatam o tratamento que o STF vem dedicando ao princípio da razoabilidade, e, por fim, registra-se e analisa-se algumas decisões proferidas pelo STF, citadas pela doutrina, que apontam a utilização do princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF.

Seguindo as diretrizes metodológicas, nas considerações finais serão apresentadas a síntese da investigação realizada e a confirmação ou não das hipóteses levantadas.

CAPÍTULO 1

OS PRINCÍPIOS DE DIREITO E SUA AFIRMAÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 A expressão ‘princípios’ e suas características básicas

Antes de tratar diretamente do conceito de princípios na órbita jurídica, na tentativa de estabelecer apurmo metodológico no caminho a ser percorrido na busca de uma definição sobre o tema, entende-se necessário uma breve explanação sobre o significado desta categoria em outros ramos do conhecimento.

A palavra princípio deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”, que são as premissas de um sistema.¹¹ Para a filosofia, princípio é o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina.¹²

Fábio de Oliveira estabelece que “dentro de algumas possíveis acepções, princípio significa causa, origem, começo, fonte, início, matriz.” O autor também destaca, que a partir dos princípios se organiza a “concepção de causalidade, e permite que se faça correlação lógica entre os objetos em estudo.”¹³

Maquiavel em sua obra O Príncipe, mesmo admitindo a quebra dos princípios em prol da governabilidade ou do interesse público, fazia o registro da importância dos princípios ao relatar que é “preciso que um príncipe estabeleça ‘sólidos fundamentos’, e que as principais bases que os Estados

¹¹ Luís-Diez Picazo, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17ª. ed. atual, São Paulo : Malheiros, 2005, p. 255/256.

¹² Jean Boulanger apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 256.

¹³ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 19.

possuem, novos, velhos ou mistos, são boas leis e bons princípios.”¹⁴

Para Luís-Díez Picazo, citado por Bonavides, no campo jurídico, à primeira vista, os princípios podem ser entendidos, de um lado, como “inspiração às normas do direito positivo, e, de outro, como que estas normas sejam obtidas mediante um processo de generalização e decantação dessas leis.”¹⁵

Bonavides registra que a definição da categoria princípio não pode ser tratada de forma simplista, argumentando o autor que há um defeito capital nos conceitos de princípios: “a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.”¹⁶

Neste sentido, na tentativa de alcançar uma definição mais exata e atual sobre o tema, e assim conseguir atingir os propósitos desta pesquisa, é preciso destacar alguns aspectos que envolvem a trajetória da busca pela normatividade dos princípios, que conduziu, ou ainda continua conduzindo, os princípios de direito à afirmação constitucional.

1.2 A busca pela normatividade dos princípios

Segundo Bonavides, a juridicidade dos princípios de direito passa por três fases: jusnaturalista, positivista e pós-positivista.¹⁷

Na primeira etapa, jusnaturalista, os princípios careciam de normatividade, e por isso eram nulos ou de aplicação duvidosa, revestiam-se metafisicamente de mero ideais de justiça, totalmente distantes de qualquer possibilidade de aplicação prática e segura.

No final do século XVIII e início do século XIX, surge a segunda fase normativa denominada positivista. Neste período os princípios passam

¹⁴ MAQUIAVEL. **O Príncipe**. Tradução de Torrieri Guimarães – 7ª edição. São Paulo : Editora Hemus, p. 69.

¹⁵ Luís-Díez Picazo apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 256

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 257.

¹⁷ É preciso já deixar explícito que este trabalho não irá abordar questões relacionadas com a afirmação ou negação da chegada do pós-positivismo.

a fazer parte dos Códigos, servindo de fonte normativa subsidiária. A característica de “pauta programada dos princípios, revela sua carência normativa.”¹⁸

É a partir das últimas décadas do século XX, que tem início a fase pós-positivista, que conduziu os princípios gerais de direito ao “pedestal normativo das novas constituições”, a qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. “Os princípios gerais de direito se transformam em princípios constitucionais.”¹⁹

Para Miguel Reale, a abertura ao pós-positivismo é atribuída ao Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Oliver Wendell Holmes, quando em 1881 proferiu a famosa frase: “a vida do direito não tem sido lógico, mas experiência.”²⁰

Segundo Atienza, a teoria pura do direito estabelecida por Kelsen, foi, por muito tempo, aceita como mecanismo suficiente para garantir os direitos fundamentais. Para o jurista austríaco a norma deveria ser proposta em uma ciência pura, excluindo tudo aquilo que não pertencia ao objeto jurídico, como a ética, a política, os juízos de valor. A concepção teórica de kelsen sustentava a hierarquia do ordenamento jurídico, o conhecido critério positivista de subsunção de normas. Na mesma linha de Kelsen, Austin pregava em sua teoria que o positivismo jurídico é materializado através do nascimento da lei, que ganha vida mediante um ato de autoridade, do soberano. Surge a teoria de cunho sociológico de Herbert Hart, propondo que a norma existe enquanto socialmente aceita pela sociedade, pois o direito seria produto de reconhecimento social que cria regras divididas em primárias e secundárias. Para Atienza, ambas as noções, Kelseniana e Hartiana, constituem o problema central do positivismo jurídico, falando o jurista espanhol em necessidade de “enquadramento social desse sistema chamado direito.”²¹

De acordo com Ferreira de Melo, a teoria de Kelsen será válida até o momento em que não se puder tratar racionalmente dos valores do direito, ou seja, até o ponto que não se possa demonstrar se uma norma é justa ou

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 259/260.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 261-264.

²⁰ REALE, Miguel. **A nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 105.

²¹ ATIENZA, Manuel; RUIZ Juan. **Las piezas del Derecho**. Teoría de los enunciados jurídicos. 2ª Edición. Madri: Ariel Derecho, 2007, p. 166-168.

injusta, socialmente útil ou não.²²

Assim, após o esgotamento da teoria pura defendida por Kelsen e Hart, surge os princípios constitucionais, que passam a ser tratados como direito.

Será abordado adiante ainda neste capítulo, os aportes teóricos de Dworkin sobre os princípios, mas, oportuno fazer já neste momento breve referência ao jurista norte-americano, que se contrapõe ao pensamento de Hart, ao qual atribui ser defensor de um positivismo discricionário e de ambigüidade das palavras nas regras jurídicas, sustentando Dworkin sua tese na integridade do direito e na ordem moral institucional.²³

Feitas estas considerações, partir-se então para a tentativa de identificar alguns dos fenômenos que envolveram, ou ainda envolvem a busca da normatividade dos princípios.

1.2.1 O positivismo jurídico e a razão humana

Permanece inalterada a idéia positivista de que a lei existe em virtude de uma decisão humana.²⁴ Isto é lembrado por Cruz ao aduzir que “o direito é fruto da razão humana e da sistematização de suas experiências.”²⁵

Como não se pode negar que o positivismo jurídico é consequência da complexa razão humana²⁶, surge então, como necessária, a

²² MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da política jurídica**. Sérgio Fabris Editor. Porto Alegre: 1994, p. 30.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 4.

²⁴ A limitação do tema não permite avançar na produção do direito como resultado de revelações históricas. No entanto, cabe o registro de que a produção do positivismo jurídico até chegar a razão humana, resulta, primeiro, de conquistas históricas, sociais e políticas, como faz referência Osvaldo Ferreira de Melo: “As fontes naturais do Direito obviamente estarão na Sociedade. Elas nascem das crises e se revelam pelas práticas do cotidiano.” (MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da política jurídica**. Sérgio Fabris Editor. Porto Alegre: 1994. p. 80.)

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio. Os princípios Constitucionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Coordenadores). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 9.

²⁶ Para Edgar Morin, ‘(...) nossas idéias não são reflexos do real, mas traduções dele. Essas traduções tomaram a forma de mitologias, de religiões, de ideologias, de teorias. A partir daí, como toda tradução comporta risco de erro(...)’. (MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de

afirmação constitucional dos princípios de direito, pois, conforme lembra Cruz, “mesmo para o positivista mais arraigado aos dogmas do Estado de Direito, é impossível não concordar com a existência de um núcleo essencial permanente no ordenamento jurídico.”²⁷

Para ilustrar a preocupação com a materialização da razão humana por meio do positivismo, busca-se os ensinamentos de Marcos Garcia, que em artigo publicado sobre a colaboração de Cristian Thomasius aos direitos fundamentais, o autor abordou os atos do obrar humano, demonstrando que o jurista alemão divide o sistema normativo em três ordens: o moral, o político e o jurídico, expondo que os dois primeiros originam deveres imperfeitos, e o último, o direito, cria deveres perfeitos. Na visão de Thomasius, o honesto identifica-se com a moral ou a ética; o decoroso é sinônimo de político; enquanto que o justo é equiparável ao direito.

O autor retrata que o jurista alemão buscou distinguir direito e moral, demonstrando que o justo é objeto do direito, o honesto é objeto da moral individual, e o decoroso faz parte da moral social. Para Marcos Garcia, a construção elaborada por Thomasius procurou demonstrar que o Estado deve apenas garantir a paz externa, pois, ao se afirmar que o direito é coativo, o que se defende é exatamente o contrário²⁸, ou seja, “não se pode regular – e muito menos castigar – as condutas que afetam exclusivamente a consciência individual relativos aos planos do honesto e do decoroso.”²⁹

Escrevendo sobre o direito a partir da necessária ótica dos direitos humanos, Warat realça que a concepção jurídica deve ser comprometida com as práticas de autonomia do indivíduo e da sociedade. Para o citado autor, o acesso ao futuro dependerá de um ‘desvestir’ dos sistemas ideológicos, de um rompimento com as ciências pseudo-objetivas, além de aceitar a democracia como

Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. – Ed. revista e modificada pelo autor – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 137.)

²⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Os princípios Constitucionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Coordenadores). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**, p.10.

²⁸ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Cristian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 427/428/432, jul./dez. 2005.

²⁹ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Cristian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, p. 433.

produtora do inédito.³⁰

Sobre a possível falibilidade da razão humana no ato de estabelecer regras escritas e fechadas, Thomas Morus, na obra 'A Utopia', também demonstrou preocupação ao discorrer sobre a legislação no modelo ideal de República, alertando que as leis deveriam ser em números reduzidos e de fácil entendimento, e que “a vontade do legislador não é tão infalível e absoluta que seja necessário desembainhar a espada à menor infração de seus decretos”³¹.

Para Hoffe, uma ordem positiva de direito e de Estado, somente é legítima de modo subsidiário, ou seja, pela contribuição necessária que fornece a justiça, pois, “o poder jurídico positivo não pode fundar originalmente a Justiça, vez que o ser humano apresenta pretensão de liberdade pré e supra positivistas.”³²

Tratando da complexidade da positivação do direito, Ferreira Cunha defende que o direito enquanto criação do homem, sendo isso inevitável, deve acompanhar a dinâmica da comunidade humana que o cria, sob pena de, mais do que obsoletização, transformar-se em obstáculo ao devir, à medida que cristaliza a dinâmica criativa reduzindo o potencial humano, tornando-se, enfim, um signo de morte.³³

Neste contexto, segundo Streck, discute-se atualmente a crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo, alertando o autor, que “o direito não tem condições de enfrentar/atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais, quando ainda estamos reféns do esquema sujeito-objeto.”³⁴

Defendendo que as melhores interpretações constitucionais

³⁰ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 17/111.

³¹ MORUS, Thomas. **A Utopia**. Tradução de Luís de Andrade – São Paulo : Editora Ediouro. 1990, p. 51.

³² HOFFE, Otfried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Tradução: Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 367.

³³ CUNHA, José Ricardo Ferreira. **Direito e estética: fundamentos para um direito humanístico**. Ed. Safe, Porto Alegre, 1998, p. 20.

³⁴ STRECK, Lênio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: Porto Alegre, vol. 1, nº. 4, 2006, p. 223.

devem zelar pela vitalidade do sistema, afinado com o discurso constitucional, Juarez Freitas adverte que não há na Constituição nada que impeça “julgamentos morais ou axiológicos”, ressaltando que “o exame crítico do contextualismo revela quão indispensável é ultrapassar o paradigma do rígido corte sujeito/objeto, sobretudo porque contrário às evidências empíricas.”³⁵

Edgar Morin, criticando a separação reducionista sujeito-objeto, argumenta que a ciência além de crescer, transforma-se, sendo fundamental o retorno do sujeito.³⁶ Ressaltando ainda mais a complexidade da razão humana, o sociólogo francês tece a seguinte consideração:

O espírito humano não reflete o mundo, mas o traduz mediante todo o sistema neurocerebral em que os sentidos captam um certo número de estímulos. Portanto, nossas idéias não são reflexos do real, mas traduções dele. Essas traduções tomaram a forma de mitologias, de religiões, de ideologias, de teorias. A partir daí, como toda tradução comporta risco de erro, as traduções mitológicas, religiosas, ideológicas, teóricas fizeram surgir necessariamente na humanidade inúmeros erros.³⁷

Sobre a condição humana e seus equívocos, demonstra-se oportuno também uma reflexão ao pensamento de Recaséns Siches, que, ao discorrer em seu tratado de sociologia sobre “a sociologia do conhecimento ou do saber”, citando a teoria dos ídolos de Francis Bacon, o autor alerta sobre “os erros do espírito”, designado por Bacon como “ídolos”, registrando o sociólogo espanhol que:

“Talvez o primeiro precedente, ainda que remoto, da Sociologia do Conhecimento, seja a teoria do grande filósofo inglês Francis Bacon (1561-1626) sobre os erros do espírito, por ele designados ídolos. Com essa palavra, Bacon denomina os espectros ou fantasmas da mente que levam ao erro. O homem aspira de boa fé ao conhecimento verdadeiro. É, porém enganado pelos fantasmas que surgem inconscientemente da natureza individual e social do homem, e se interpõem entre o pensamento e a realidade, produzindo obscuridades e deformações no conhecimento. Bacon mostra que os pensamentos dos homens estão sujeitos à influência

³⁵ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 339.

³⁶ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**, p. 136/137.

³⁷ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**, p. 145.

de fatores irracionais, alguns de caráter social, como preconceitos, sentimentos, interesses, sugestões de ambiente, etc. ³⁸

Com estas considerações, pode-se observar que a concretização do direito através do positivismo jurídico, produzido, inevitavelmente pela mente humana, poderá, conforme alerta Dworkin, “ser muito restrito,”³⁹ surgindo então como necessária a normatização dos princípios de direito através de uma afirmação constitucional.

1.2.2 A concretização dos princípios constitucionais

Sobre a limitação humana para produzir regras, Streck, a partir do que chama de “tempos difíceis”, aponta como alternativa de superação de regras, a possibilidade de concretização dos direitos através dos princípios constitucionais:

A (pretensa) plenipotenciariade da regra – como fonte e pressuposto do sistema – cede lugar aos textos constitucionais que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito. Implica, assim, introduzir valores, abrindo espaço para a própria positivação dos princípios e, desse modo, do conteúdo moral (co-originário) do direito. ⁴⁰

Tratando sobre a limitação do positivismo, Ferreira de Melo registra o seguinte:

Na produção do direito, a ordem escrita se sobrepõe: aquilo que a lei não alcança não é direito. A natureza da interpretação é fazer progredir o direito. (...) Se o direito não for entendido simultaneamente como fato, valor e norma (Miguel Reale), não será

³⁸ SICHES, Luis Recaséns. **Tratado de Sociologia**. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. 1ª ed. Porto Alegre. Editora Globo. 1970, p. 669/670.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges – 2ª edição. São Paulo : Martins Fontes, 2005, p. 7. – “(...) A concepção centrada no texto jurídico é, a meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico.” Mais adiante encontraremos um sub-capítulo exclusivo sobre a teoria dos princípios de Dworkin. O autor norte-americano ataca os positivistas que defendem a tese de nenhuma resposta certa em casos controversos, justamente sob o fundamento da inevitável imprecisão ou textura aberta da linguagem jurídica, que, na visão dos positivistas, poderá, às vezes, tornar impossível dizer que uma proposição de direito particular é verdadeira ou falsa. Para Dworkin, a imprecisão da lei não impede ao julgador descobrir a resposta certa no caso controverso.

⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. Concreção de direitos e interpretação da Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**: Coimbra, n. 81º, 2005, p. 292.

possível a necessária aproximação entre a regulação social e a regulação jurídica, ou seja, entre o mundo das práticas sociais e o da positivação.⁴¹

Explanando sobre Estado Contemporâneo, Brandão também demonstra preocupação com a realização das necessidades da Sociedade Civil. Segundo o autor, o Estado não é mais do que uma criação da Sociedade para servir de instrumento à realização do bem comum e dos anseios da coletividade. Para tanto, alerta o jurista, “é preciso abandonar todos os conceitos individualistas do Estado Moderno, que ainda se faz presente nos dias atuais, e continuar a obstinada construção do Estado Democrático de Direito.”⁴²

Neste caminho também trilha Sarlet ao afirmar que o Estado é devedor, em primeira mão, de uma prestação global de direitos fundamentais.⁴³ Bonavides aponta que as discussões que envolvem na atualidade determinados temas do direito, é fruto exatamente da inserção do pós-positivismo “de raízes manifestamente axiológicas”, citando o autor que:

Neste tempo de discussão de antíteses tais como Estado e Sociedade, lei e Constituição, legalidade e legitimidade, legalismo e constitucionalismo, subsunção e concretização, norma unidimensional – que é a norma-texto – e norma-programa, norma-âmbito, norma-direito e norma-decisão, evidencia a linha de separação no Direito Constitucional contemporâneo do pós-positivismo material, em ascensão, ao positivismo formal em decadência. Um pós-positivismo de raízes manifestamente axiológicas.⁴⁴

A defesa da normatividade dos princípios se deve a dedicação da filosofia e da teoria geral do direito, que buscaram um campo neutro para superar a antinomia clássica do direito natural/direito positivo.⁴⁵

Com o surgimento da normatividade dos princípios, o direito inicia uma nova fase na tentativa de superar o dogmatismo positivista, abrindo espaço à dimensão axiológica, a partir de uma interpretação principiológica do direito.

⁴¹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da política jurídica**, p. 73-78.

⁴² BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**. 2ª Edição. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 76/83.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 99.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 2005, p. 591/592.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 276.

O reconhecimento da normatividade dos princípios, é entendido por muitos juristas, como a comprovação do início ou a chegada do neoconstitucionalismo. Para Barroso, os princípios indicam o ponto de partida e os caminhos a serem seguidos, defendendo que a eles se reserva a função de fio condutor dos diferentes segmentos de uma Constituição, dando unidade ao sistema normativo.⁴⁶

Em estudo sobre o novo constitucionalismo, Streck entende que a CRFB/88 não é simplesmente uma ferramenta que se ‘interpõe’ entre o Estado e a Sociedade, mas é, sobretudo, “um elo que une política e direito, e, também, um eficiente remédio contra maiorias.”⁴⁷

1.3 Características e conceito de princípios constitucionais

Após uma abordagem sobre alguns dos caminhos traçados na busca da normatividade dos princípios, através da inserção nos textos constitucionais, pode-se agora estudar a definição destes princípios constitucionalizados⁴⁸.

Considerando o propósito de encontrar algumas definições atuais sobre princípios, é preciso lembrar o alerta de Sarlet, quando, ao discorrer sobre o princípio da dignidade de pessoa humana, justifica que, a condição de categoria axiológica aberta dos princípios jurídicos, impossibilita uma conceituação fixista, pois depara-se com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.⁴⁹

Na tentativa de identificar o motivo da preocupação de

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 151.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Boletim da Faculdade de Direito**, p. 306.

⁴⁸ O tema do presente trabalho indica que razoabilidade é tratada como princípio constitucional, motivo pelo qual se aborda já neste primeiro capítulo a normatividade dos princípios constitucionais.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2007, p. 42.

Bonavides, ao alertar que em tempos de pós-positivismo⁵⁰ ainda persiste o problema da normatividade dos princípios, inicia-se em Canotilho a busca pela compreensão do tema, analisando-se a concepção do autor português, que estabelece distinção entre regras e princípios.⁵¹

Grau de abstração: Os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

Grau de determinabilidade: Na aplicação ao caso concreto, os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.⁵²

Conforme cita Fábio de Oliveira, Canotilho parte do pressuposto de que um modelo constituído exclusivamente por regras, conduz a um sistema de limitada racionalidade prática.⁵³ No mesmo pensamento, Bonavides, aduz que a definição de Canotilho, ao estabelecer critérios de distinção e hierarquização entre princípios e regras, parece não se coadunar com o pensamento pós-positivista, pois, desta forma, situar-se-á o problema da conceituação de princípios no âmbito do reconhecimento da normatividade. Registra ainda Bonavides, que a definição da categoria princípio não pode ser tratada de forma simplista, argumentando que há um defeito capital nos conceitos de princípios, a saber, “a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.”⁵⁴

⁵⁰ Ressalva-se novamente, que este trabalho tem por objetivo principal tratar do princípio da razoabilidade, sem a pretensão de ingressar na discussão acerca do reconhecimento ou não do pós-positivismo.

⁵¹ A compreensão que Canotilho apresenta sobre o tema, distinguindo e hierarquizando regras e princípios, vem sofrendo críticas de alguns doutrinadores brasileiros, dentre eles cita-se: OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 32; e CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**. 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 98.

⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1160.

⁵³ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 32.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 257.

O motivo da imprecisão sobre o assunto, parece mesmo se situar diretamente com o problema da normatividade dos princípios jurídicos. Na defesa da normatividade, contrariando os ensinamentos de Canotilho, Cademartori adverte que “entre regras e princípios não há diferença hierárquica, pois ocorrendo colisão entre duas dessas normas, a solução deverá ser alcançada através de uma ponderação racional”⁵⁵.

Avaliando a finalidade das normas, Ávila estabelece que “as regras prevêm condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios prevêm fins cuja realização depende de condutas necessárias”.⁵⁶ Enquanto as regras operam no modelo do ‘tudo’ ou ‘nada’, este critério não funciona para os princípios, pois, conforme ensina o citado autor, “os princípios não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”⁵⁷.

Dentre os autores que reconhecem a força da normatividade dos princípios, encontra-se em Bonavides a definição de que “os princípios são como “normas-chaves de um sistema jurídico”, definindo que:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições e seus valores reverenciais.⁵⁸

Segundo Cruz, “os princípios constitucionais são expressão dos valores fundamentais da sociedade criadora do Direito”.⁵⁹ Em sua obra

⁵⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**. 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 98.

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 77.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2004, p. 28.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20ª. ed. atual, São Paulo : Malheiros, 2007, p. 286.

⁵⁹ CRUZ, Paulo Márcio. Os princípios constitucionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; Gomes, Rogério Zuel (Coordenadores). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**, p.13.

Fundamentos do Direito Constitucional, o autor assim leciona:

Princípios Constitucionais são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada Sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas.⁶⁰

Na visão de Miguel Reale, princípios são certos enunciados lógicos admitidos no campo do saber, que estabelecem 'verdades fundantes' por serem evidentes ou devidamente comprovadas.⁶¹ Já Cademartori, numa visão garantista, assim leciona:

Nessa perspectiva, os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, desempenham um papel fundamental como reflexos normativos dos valores constitucionais (...). Em outros termos, pode-se dizer que estes se traduzem juridicamente, desde a base do ordenamento jurídico, em princípios, nele explicitados ou não, tidos como verdadeiros instrumentos de implementação e proteção de tais valores historicamente consagrados na maioria dos sistemas normativos ocidentais.⁶²

Streck, no plano hermenêutico, afirma que a separação do direito da moral, e a discricionariedade, em qualquer grau, são componentes que afastam qualquer forma de positivismo do neoconstitucionalismo⁶³.

Com base nos ensinamentos extraídos dos autores até aqui citados, pode-se transcrever que os princípios de direito deixaram de ser meros instrumentos de função integradora do direito posto, para conquistar o espaço normativo, materializado através do texto constitucional, com possibilidade de aplicação imediata e direta ao caso concreto que prescreverá um direito definitivo⁶⁴.

⁶⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 106.

⁶¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed., 2ª tir., São Paulo : Saraiva, 2000, p. 305.

⁶² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 80.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, p. 7.

⁶⁴ Cademartori, explicitando a teoria dos princípios de Alexy, assim esclarece: "(...) após a relação de preferências estabelecidas entre princípios (...), estabelecido qual deles é o mais relevante (...), torna-se ele uma regra que prescreverá um direito definitivo." (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 98).

1.4 A teoria dos princípios de Ronald Dworkin

Na visão de Dworkin, com o pós-positivismo, o direito natural e o velho positivismo ortodoxo passaram a sofrer profundos golpes, situando-se o filósofo norte-americano como um dos mais destacados e dedicado crítico do positivismo. Crítico das escolas positivistas e utilitaristas, é conhecido e estudado nos países de tradição anglo-americana. Suas principais obras – *Levando os Direitos a Sério*, *Uma Questão de Princípio* e *o Império do Direito*, foram lançados no Brasil recentemente, há menos de uma década.

Na tentativa de registrar de forma mais compreensível possível os ensinamentos de Dworkin, focando o assunto na teoria dos princípios, pretende-se pesquisar diretamente as obras do autor, buscando-se auxílio em alguns doutrinadores brasileiros⁶⁵ que vêm se dedicando no estudo sobre as idéias pós-positivistas do jurista norte-americano.

Cumpra-se o dever de já deixar registrado, que tanto Dworkin, como Robert Alexy, que será também objeto de estudo ainda neste capítulo, trabalham questões comuns: o tratamento de direitos fundamentais, a fundamentação das decisões jurídicas, e as teorias de ambos estão estreitamente ligadas à interpretação constitucional.⁶⁶ Considerando a tradição anglo-americana de Dworkin, seu sistema jurídico obedece quase que exclusivamente a realidade da *common law*. Tal fato, na visão de Cademartori, não impede uma visão mais acurada da teoria de Dworkin, pois, embora as questões de direito no Brasil sofram a influência do sistema continental europeu, “é cada vez mais evidente o intercâmbio de influência entre ambos os sistemas”, o que justifica a apreciação sobre os ensinamentos teóricos do autor norte-americano.”⁶⁷

⁶⁵ Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Paulo Bonavides se destacam neste cenário, motivo pelo qual foca-se a pesquisa nestes dois autores.

⁶⁶ CEZNE, Andréa Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: Uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 13º, 2005, p. 51/52.

⁶⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 100.

Bonavides lembra, que o país de Dworkin, os Estados Unidos, “possui uma rígida Constituição nascida com fidelidade a vontade popular, desenvolvida a partir de um sistema com raízes na liberdade e na garantia dos direitos humanos”.⁶⁸

Em estudo sobre ‘jurisdição constitucional’, Morais da Rosa e Marcelino Júnior abordam a conexão entre o direito e a política, discutindo o assunto no âmbito das teses procedimentalistas e substancialistas.⁶⁹ Para os citados autores brasileiros, Dworkin é ‘em parte’ substancialista, por decorrência do lugar que o Poder Judiciário ocupa nos países anglo-saxões, cujo sistema é o *common law*, fato que caracteriza um Judiciário, culturalmente, muito forte.⁷⁰

O jurista de Harvard combate de forma contundente o ‘tudo’ ou ‘nada’ que caracteriza a tese positivista das normas, se contrapõe ao positivismo discricionário e defende a conexidade entre direito, moral e política. Para o autor, a conexão entre as três categorias é fundamental, pois caracteriza o “ponto chave” na tentativa de se evitar a aplicação da norma desarticulada do sistema jurídico como um todo, do qual fazem parte o direito, a moral e a política.

Neste sentido Dworkin cita que:

(...) um juiz que segue a concepção centrada nos direitos não deve decidir um caso controverso recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório legal de sua jurisdição. Mas, ainda assim, deve decidir muitos casos com base em fundamentos políticos, pois, nesses casos, os princípios morais contrários diretamente em questão são, cada um deles, compatíveis com a legislação.⁷¹

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2007, p. 467.

⁶⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 27/34.

⁷⁰ Alexandre Morais da Rosa e Marcelino Júnior registram: “O eixo substancialista é capitaneado por Mauro Cappelletti e, em parte, por Ronald Dworkin, e representado no Brasil por autores como Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira de Mello, Eros Grau, Fabio Comparato, Lênio Streck, Alexandre Morais da Rosa, entre outros. Todos eles se posicionam, cada qual ao seu modo, de maneira a entenderem que o poder judiciário não deve assumir uma postura passiva diante da sociedade, constituindo-se em verdadeiro guardião garantidor da efetividade constitucional.” ROSA, Alexandre Morais da. **Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos**, p. 34.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges – 2ª edição. São Paulo : Martins Fontes, 2005, p. 16.

Tratando dos parâmetros constitucionais do político e do moral na atuação jurisdicional, Cademartori comenta o seguinte:

Para Dworkin, o juiz, ao decidir um caso difícil, não o faz em duas etapas diferentes, ou seja, primeiro observando onde terminam as limitações institucionais para, logo a seguir, abandonar os textos legais ou doutrinários e decidir por conta das suas convicções pessoais. Ao contrário disto, as limitações institucionais que os juízes recebem, segundo o autor, são sutis e penetrantes e permanecem na sua decisão final.⁷²

Dworkin desenvolveu uma crítica para combater, na sua concepção, a maneira limitada e reducionista com que o positivismo aplicava os princípios do direito. O primeiro e principal alvo do inconformismo de jurista norte americano foi a doutrina de Herbert Hart. A teoria de Hart é fundamentada na separação entre o direito e a moral, e na existência de uma regra de reconhecimento. Para Dworkin, a teoria de Hart ao defender uma regra de reconhecimento, não passa de uma justificativa mítica:

(...) a teoria de Hart sugere que, como a Constituição foi imediatamente aceita como direito em virtude de um processo de ratificação, deve existir uma regra de reconhecimento – uma teoria do processo, aceita geralmente, por meio da qual a legislação torna-se direito, em virtude da qual a Constituição tornou-se direito. Mas essa regra é precisamente a idéia de um direito por trás do Direito, à qual recorreu a decisão mítica.⁷³

Hart sofre as investidas diretas de Dworkin, citando o autor norte-americano em umas de suas obras, o seguinte exemplo:

A teoria de Hart, como a de Austin, gerou um grande número de debates (...). Em que consiste a 'aceitação' de uma regra de reconhecimento? Muitos oficiais da Alemanha nazista obedeciam às ordens de Hitler como se fossem leis, mas só o faziam por medo. Isso significa que aceitavam uma regra de reconhecimento que o autorizava a criar leis?⁷⁴

Os positivistas sustentam, em uma de suas teses, que a inevitável imprecisão ou textura aberta da linguagem jurídica, poderá, às vezes, tornar impossível dizer que uma proposição de Direito particular é verdadeira ou

⁷² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 103.

⁷³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 48.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 43.

falsa. Dworkin se contrapondo a esta afirmação, argumenta que o pensamento positivista se justifica pela incapacidade de distinguir entre o fato e as conseqüências da imprecisão na linguagem jurídica. Para o autor norte americano, todo o mandamento jurídico deve percorrer sua interpretação através dos princípios.

Por essa razão, sustenta Dworkin, que, se não for possível encontrar a resposta certa para algumas questões de direito, deve ser reconhecida a possibilidade de que outro sistema jurídico é capaz de fornecer a resposta correta, ainda que não exista nenhum comando legislativo. É nessa linha de raciocínio que o autor entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito.⁷⁵

Para Cademartori, os postulados de Dworkin se aproximam da teoria garantista. Este fenômeno ocorre, dentre outras razões, quando o autor norte-americano compartilha a idéia de que “a base de sustentação de um Estado deverá ser implementação dos direitos fundamentais”⁷⁶.

Na crítica ao positivismo, Dworkin estabelece a distinção entre regras e princípios. Quanto às regras, são fornecidas as definições tradicionais do positivismo, que apresentam normas com “concepção centrada no texto jurídico, e, assim, muito restrita, porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico.”⁷⁷

Diante do caráter restrito e insuficiente das regras, a teoria de Dworkin sustenta que ‘ao lado’⁷⁸ de tais normas, existem os princípios e os argumentos de política ou diretrizes. Os princípios, na tese de Dworkin, retratam uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça, são argumentos destinados a descrever direitos e estabelecer um direito individual.⁷⁹ O autor concebe princípios

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 201.

⁷⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 105/106.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 7.

⁷⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 101.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

somente como razões para direitos individuais, excluindo o âmbito dos bens coletivos.⁸⁰

Os argumentos políticos⁸¹ ou diretrizes, se referem aos objetivos sociais considerados benéficos à coletividade, favorecem ou protegem alguma meta de interesse comum da sociedade.⁸² São argumentos de princípios que podem justificar uma decisão política que possa vir a assegurar algum direito individual ou de um grupo, como por exemplo, os argumentos contra a discriminação racial.⁸³

Na colisão entre princípios, denominada “antinomias jurídicas impróprias”, não se exclui da ordem jurídica uma das normas conflitantes. Há incompatibilidade, porém, não exclusão. Nesses casos, segundo Dworkin, o aplicador do Direito opta por um dos princípios, sem que o outro seja rechaçado do sistema, ou deixe de ser aplicado em outros casos que comportem sua aceitação.⁸⁴

Para Dworkin, o “tudo ou nada” da regra utiliza o critério de validade da norma, ao passo que na aplicação dos princípios é exigido o critério “peso ou valor”. A dimensão de peso ou valor só os princípios possuem.⁸⁵

O caráter normativo dos princípios, segundo o jurista, se

⁸⁰ “Robert Alexy considera inconveniente a restrição de Dworkin que exclui os princípios do âmbito dos bens coletivos. Para Alexy, as propriedades lógicas de ambos os princípios, que aparecem especialmente nas colisões, sugerem um tratamento de princípio em um conceito amplo.” (CEZNE, Andréa Nárriman. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 57.)

⁸¹ Em sua obra ‘O império do direito’, percorrendo sobre integridade política e apresentando três modelos de comunidade, Dworkin define o modelo do ‘princípio’, o que nos auxilia na compreensão da defendida conexão entre princípio, moral e política: “O terceiro modelo de comunidade é o modelo do princípio. Concorde com o modelo das regras que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, no qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 254/255.

⁸² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 101/104.

⁸³ CEZNE, Andréa Nárriman. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 62.

⁸⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 105.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2007, p. 282.

manifesta de forma plena, quando servirem de argumento na criação de uma norma individual, indispensável na resolução dos chamados *hard cases* (casos difíceis), operando, assim, os princípios, pura e simplesmente como normas diretas para a solução de conflitos:

Mas eles (os princípios) parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda sua força, nas questões judiciais difíceis. [...] Em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares. Depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra uma [sic] regra particular. [...] Mas a regra não existe antes de o caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra.⁸⁶

O autor norte-americano defende que um princípio, preterido hoje por outro num determinado caso, pode ser o preferido amanhã em outra situação, o que possibilita uma permanência de ambos num mesmo ordenamento jurídico, 'sobrevivem intactos'.⁸⁷ Já com relação ao conflito entre duas regras, aquela preterida não poderá se manter válida no mesmo ordenamento jurídico que optou pela outra.

Na distinção de Dworkin entre regras e princípios, as primeiras são aplicadas de modo soberano, 'tudo' ou 'nada', ao passo que os princípios são aplicados de forma gradual, conferindo mais peso, ou menos peso, maior ou menor importância, dependendo do caso concreto.⁸⁸

Para Bonavides, o autor norte-americano tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. Para tratar os princípios como direito, Dworkin entende necessário afastar três dogmas do positivismo:

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 46.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2007, p. 282. Espíndola também compartilha do mesmo entendimento: "Ou seja, afastado um princípio colidente, diante de certa hipótese, não significa que, em outras situações, não venha o afastado a ser aproximado e aplicado em outros casos. As testilhas entre princípios não os excluem da ordem jurídica, apenas os afastam diante de situações que comportem diferentes soluções, segundo o peso e a importância dos princípios considerados à aplicação do direito". (Ruy Samuel Espíndola, Conceito de princípios constitucionais, RT, 2002, p. 68-70.)

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39.

O primeiro é a distinção que o positivismo estabelece entre o Direito de uma comunidade e os demais padrões sociais. O segundo recai contra a discricionariedade do julgador. O terceiro dogma a ser rejeitado se refere a tese de nenhuma resposta certa em casos controversos (*hard cases*), defendendo o positivismo que poderá a lei, às vezes, tornar impossível dizer que uma proposição de direito particular é verdadeira ou falsa. Para Dworkin, a imprecisão da lei não impede ao julgador descobrir a resposta certa no caso controverso.⁸⁹

Assim, tanto uma regra positivada, como princípios, podem criar uma imposição legal. Trata-se de um fenômeno constitucional, considerando cada vez mais as bases axiológicas para fundamentar o ordenamento jurídico.

A teoria de Dworkin fundamentada na existência de respostas a partir da aplicação e da correta interpretação dos princípios, levou-o a sustentar a tese da possibilidade do direito, através dos princípios, de alcançar a melhor resposta possível em casos controversos, defendendo a tese conhecida como a “única resposta correta”.⁹⁰

Encerramos este tópico com uma comparação na tradição anglo-saxã, entre o modelo de Herbert Hart e o modelo de Dworkin⁹¹: Para Hart, que acredita impossível ao direito prever todos os possíveis litígios, quando a norma positivada não alcançar os elementos necessários à solução do caso, cabe ao julgador atuar de forma arbitrária. Já para Dworkin, o julgador deve sempre se pautar por critérios existentes na ordem jurídica, na forma de princípios.⁹²

1.5 A teoria dos princípios de Robert Alexy

Alexy nasceu na Alemanha, em 1945. Formado em Direito e Filosofia, recebeu o título de PhD em 1976, através da produção de um trabalho com o título - ‘Uma Teoria da Argumentação Jurídica’, e a habilitação em 1984 com a

⁸⁹ Ronald Dworkin *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2007, p. 265.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 175/217.

⁹¹ Lembrando que a teoria de Hart foi o primeiro e principal alvo do inconformismo de Dworkin.

⁹² BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. A limitação dos princípios enquanto “categoria” aplicável ao método para a resolução de colisões entre direitos. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Coordenadores). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**, p. 205.

‘Teoria dos Direitos Fundamentais’, tornando-se estas produções científicas dois clássicos da filosofia e teoria do direito. É reconhecidamente um dos abalizados constitucionalistas contemporâneos.

Na tentativa de registrar de forma mais compreensível possível os ensinamentos de Alexy, focando o assunto na teoria dos princípios, pretende-se pesquisar diretamente as obras do autor, buscando auxílio em alguns doutrinadores brasileiros que vêm se dedicando no estudo sobre as idéias do jurista alemão.

A partir da análise entre princípios e regras, Alexy descobriu que entre ambas não impera somente uma distinção de *grau*, mas de *qualidade* também. Para o autor alemão, somente essa tese consente fazer uma distinção estrita entre normas.⁹³ A filiação a tal tese ficou conhecida como critério “gradualista-qualitativo”.

A partir de então, para Alexy, “a norma jurídica é o gênero, e princípios são espécies”, classificando o autor os princípios como “normas de otimização”:

(...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grado y la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.⁹⁴

Assim, na visão do autor, regras e princípios são normas, pois ambos fixam o *dever ser*, de modo que tanto princípios como regras são fundamentos jurídicos para casos concretos, mas com aplicações que irão depender da realidade fática de cada caso.

O jurista alemão precursor de Dworkin, incorpora os princípios ao ordenamento jurídico. Tanto as regras como princípios formulam mandamento, permissão e proibição.⁹⁵

⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 278.

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. 3ª ed., Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 86.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 277.

Citando a teoria de Alexy, Cruz assim traduz as idéias do jurista alemão:

Os princípios, diga-se logo, não estão acima ou além do Direito. Não são metajurídicos. Eles fazem parte, numa visão que supera as concepções tradicionais e absolutistas das fontes normativas, do ordenamento jurídico, convivendo com as regras e orientando a sua produção. Não há oposição entre princípios e regras, ou seja, as normas jurídicas é que se dividem em princípios e regras.⁹⁶

Em Alexy “o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade, e este implica aquele”. Segundo o autor, todo princípio emana do elemento ponderador da proporcionalidade.⁹⁷

Como se observa, as ponderações racionais para aplicação dos princípios ou resolução de conflitos entre eles, será efetivada pela máxima da proporcionalidade. Na opinião de Andréa Cezne, isto representa um extraordinário avanço na construção de parâmetros racionais, em especial na resolução de casos difíceis, como forma de afastar um decisionismo puro⁹⁸.

Para Cademartori, a operatividade dos princípios na visão de Alexy traduz-se da seguinte forma:

(...) enquanto as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, ou seja, se uma regra é válida deve-se cumprir exatamente o que ela exige, sem mais nem menos, os princípios determinam que alguma coisa seja realizada na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes.⁹⁹

Registra ainda Cademartori, que os princípios, na concepção de Alexy, não são comandos definitivos, mas sim, *prima facie*. Isto significa dizer, que havendo colisão entre eles, após uma ponderação racional, será estabelecido qual é o mais relevante para aquele determinado caso concreto, a partir de então,

⁹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. Os princípios Constitucionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**, p. 11.

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 111.

⁹⁸ CEZNE, Andréa Nárriman. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 66.

⁹⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 98.

torna-se ele uma regra que prescreverá um direito definitivo (dever ser). Isto não significa dizer que o princípio preterido deva ser declarado nulo.¹⁰⁰

Os princípios não determinam necessariamente a decisão, mas proporcionam razões aplicáveis para uma ou para outra decisão.¹⁰¹ Então, para Alexy, admite-se tensão entre os princípios na resolução de um determinado caso concreto, onde, através de uma ponderação racional de peso e importância, naquele determinado caso, um princípio será preferido dentre outro(s), sem que uma cláusula de exceção seja introduzida no(s) princípio(s) abdicado(s).¹⁰²

Fazendo referência que a teoria de Alexy vem abrindo caminho no Brasil, Ávila é categórico ao estabelecer que, “quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas.”¹⁰³

Já em relação ao conflito entre regras, isto somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma delas for declarada nula.¹⁰⁴ Assim, diferente da colisão entre princípios, o conflito entre regras será solucionado no plano da validade. Juridicamente, segundo Alexy, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem.¹⁰⁵

Interpretando os ensinamentos do jurista alemão, Bonavides entende que a distinção entre regras e princípios de Alexy, é, na essência, a mesma de Dworkin.¹⁰⁶ Para Andréa Cezne, Alexy e Dworkin trabalham questões comuns, como o tratamento de direitos fundamentais, a fundamentação das decisões

¹⁰⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 99.

¹⁰¹ CEZNE, Andréa Nárriman. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 57.

¹⁰² BONVAIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 279/280.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**, in RDA, p. 215.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Cláudia Toledo. 2ª ed.. São Paulo: Landy Editora, 2005. 334p, p. 64.

¹⁰⁵ BONVAIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 279.

¹⁰⁶ BONVAIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 277.

jurídicas, e as teorias de ambos estão estreitamente ligadas à interpretação constitucional.¹⁰⁷ A citada autora assinala que, enquanto Dworkin concebe princípios somente como razões para direitos individuais, excluindo-o do âmbito dos bens coletivos, Alexy entende que as propriedades lógicas dos princípios, que servem em especial às colisões, sugerem um tratamento de princípio em um conceito amplo.¹⁰⁸

A teoria de Alexy vem conquistando reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, pois é possível identificar alguns julgados que se valem dos ensinamentos do jurista alemão, em especial para resolver questões que apresentam conflitos entre princípios.¹⁰⁹

O pensamento jurídico de Alexy, que posiciona os princípios como tradutores de valores morais e com poder normativo idêntico ao das regras, vem exercendo no ordenamento jurídico brasileiro, fundamental influência na conquista da normatividade dos princípios.

¹⁰⁷ CEZNE, Andréa Nárriman. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 51/52.

¹⁰⁸ CEZNE, Andréa Nárriman. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 57.

¹⁰⁹ Colaciona-se acórdão proferido no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no qual houve ponderação entre princípios em conflito, utilizando o Relator em seu voto, citação de Eros Grau, o qual cita a teoria de Robert Alexy: *"CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - PRESERVAÇÃO DA INTIMIDADE (CF, ART. 5º, X) - LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (CF, ART. 5º, IX) - PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM CONFLITO - DIVULGAÇÃO PELA IMPRENSA DE REGISTROS CONSIGNADOS EM 'BOLETINS DE OCORRÊNCIA' - MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO A LIBERAÇÃO DAS INFORMAÇÕES. 'Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas'* (Humberto Bergmann Ávila). Nem sempre o princípio constitucional que assegura a liberdade de "comunicação, independentemente de censura" (CF, art. 5º, IX) prepondera sobre aquele que afirma serem "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (inc. X). Por isso, não há como reconhecer a existência de direito líquido e certo, único amparável via mandado de segurança, a jornalista que pretende compelir delegado de polícia a lhe fornecer todas as informações constantes do "boletim de ocorrência". (Apelação Cível em Mandado de Segurança: 2003.000447-5, Relator Des. Newton Trisotto, data da decisão: 30/03/2004). A seguir vejamos citação consignada no voto do relator do julgado: "Grau situa esse problema no plano das chamadas antinomias jurídicas. E, nesse plano, vislumbram-se o 'conflito entre regras' e a 'colisão de princípios' (Alexy). O conflito entre regras suscita a idéia das antinomias jurídicas próprias; a colisão entre princípios, as antinomias jurídicas impróprias." (Decisão extraída do portal da internet do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, disponível em: [Ehttp://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPRO C&dePesquisa=20030004475&Pesquisar=Pesquisar](http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPRO C&dePesquisa=20030004475&Pesquisar=Pesquisar). Acessado em 21/11/2009.)

CAPÍTULO 2

A RAZOABILIDADE E SEU ESTATUTO DE PRINCÍPIO

2.1 Aspectos gerais sobre a expressão ‘razoável’

A categoria razoável deriva de razão, do verbo latim ‘rerī’, que significa pensar, julgar, cuidar, crer.¹¹⁰ Fábio de Oliveira expõe que razoável é conforme a razão, racional, moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão ensinaria conhecer e julgar expondo o bom senso, a justiça o equilíbrio.¹¹¹

A partir da leitura de obras sobre filosofia, relata-se alguns ensinamentos que podem colaborar com a iniciação sobre a busca do significado da categoria¹¹² razoável.

Aristóteles, em ‘A Política’, ensina que “a justiça é a procura do meio termo”, alertando ao mesmo tempo que encontrar o ‘meio’ não é tarefa fácil, e que aquele dedicado às atividades públicas, o legislador, o julgador ou administrador, deve voltar-se a prudência.¹¹³

Da ‘Utopia’ de Morus se extrai o ensinamento que, “quando não se pode atingir a perfeição, deve-se, ao menos, atenuar o mal.”¹¹⁴ Para Tomaz

¹¹⁰ SOUZA, Francisco Antonio de. **Novo dicionário Latim Português**. Porto: José Lelo e Edgar Lelo, 1965, p. 851.

¹¹¹ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 101.

¹¹² Categoria: “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 229.

¹¹³ ARISTÓTELES. **A Política**. 15ª ed. Tradução de Nestor Silveira Chaves – São Paulo : Coleção Mestres Pensadores. Editora Escala. 1996, p. 46/63.

¹¹⁴ MORUS, Thomas. **A Utopia**, p. 70.

de Aquino, não se pode admitir como razoável fazer aquilo que se entende errado e, também, não é razoável deixar de fazer o que se entende por certo.¹¹⁵

Na obra ‘Sobre a Liberdade’, de John Stuart Mill, o autor salienta que “muito se tem realizado em prol da crescente regularidade da conduta, e do desencorajamento dos excessos.”¹¹⁶ Descartes por sua vez em seu ‘Discurso do Método’, recomenda “cuidado com a escolha dos extremos, evitando os excessos”. Entendia também o filósofo que “deve-se afastar daquelas verdades que suscitam o mínimo de dúvida”.¹¹⁷

Em artigo que trata sobre o princípio da razoabilidade como princípio da justiça, Motta da Silva, inspirando-se nos pensamentos de Platão e Aristóteles, entende que a categoria razoável fundamenta-se na conduta humana que investiga a relação entre os meios e os fins, é a “busca do meio termo, com renúncia de atitudes ou práticas de absolutismo”. O julgamento razoável prescinde de coerente discernimento, de equidade e inteligência na busca da verdade, sem depender exclusivamente da experiência.¹¹⁸

Ao se discorrer sobre o significado da expressão razoável no contexto jurídico, é preciso registrar alguns ensinamentos de Recaséns Siches, extraído das obras de dois autores brasileiros¹¹⁹, a considerar que o sociólogo espanhol ficou conhecido por sua dedicação ao estudo do método da “lógica do razoável” ou “lógica do humano”.

Fábio de Oliveira cita que Recaséns Siches diferencia o termo razoável do termo racional, separando a lógica do razoável da lógica do racional.

¹¹⁵ AQUINO, Santo Tomaz de. **Summa Theologiae**. Tradução de Alexandre Corrêa. Caxias do Sul, RS, Sulina, 1980, p. 267/268.

¹¹⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros – Petrópolis - RJ : Editora Vozes. 1991, p. 111.

¹¹⁷ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de João Cruz Costa – Rio de Janeiro : Ediouro, p. 72.

¹¹⁸ SILVA, Moacyr Motta da. O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio de justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano V, n. 8º, Abril de 1999, p. 9/10.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. / STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

Segundo Oliveira, Recaséns não nega a incidência da lógica físico-matemática na esfera do direito, mas, apenas assevera que ela é insuficiente para englobar todo o fenômeno jurídico, a considerar toda a riqueza que envolve a vida humana. O sociólogo faz uma crítica aos métodos hermenêuticos, e sustenta que a pluralidade de métodos de interpretação do direito, conduz o julgador a elaborar o resultado e depois buscar somente os critérios metodológicos para justificar sua decisão.¹²⁰

Para falar de Recaséns, Streck utiliza o exemplo usado pelo sociólogo¹²¹ para explicar o princípio da razoabilidade, através do “caso” da proibição de entrada de cachorros em uma plataforma ferroviária, abrindo-se discussão acerca da possibilidade de se ingressar na estação com um urso. Numa visão hermenêutica, para Streck, aplicando-se o princípio da razoabilidade “num novo desdobramento no paradigma neoconstitucionalista, parece óbvio que, se é proibido o trânsito de cães, parece razoável também proibir o trânsito de ursos.” No entanto, analisando que Recaséns vivia num contexto positivista, as demais hipóteses de “trânsito de animais” ficariam a critério da discricionariedade do juiz, pois, do mesmo modo que foi aplicada a proibição de ursos, também o seria na permissão ou não do trânsito de camelos.¹²²

Estas reflexões relacionadas com o razoável, afastadas inicialmente do aspecto jurídico, parecem sugerir cuidado com os excessos, mas, conforme alerta Afonso da Silva, os termos utilizados no discurso jurídico nem sempre guardam a mesma relação que possuem na linguagem laica.¹²³

2.1.1 Alguns exemplos da posituação da expressão ‘razoável’ no ordenamento jurídico brasileiro

Encontra-se no ordenamento jurídico brasileiro alguns dispositivos com apelo ao razoável. Era o caso, por exemplo, da Lei Federal nº

¹²⁰ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 174/175.

¹²¹ O exemplo é citado na obra de Recaséns Siches intitulada “filosofia del derecho”.

¹²² STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 188.

¹²³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 91º, Abril de 2002, p. 27.

1533, de 31 de dezembro de 1951, que tratava¹²⁴ do Mandado de segurança, e apresentava a expressão razoável:

Art. 3º - O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente.¹²⁵

O STF, em 13/12/1963, editou a Súmula 285, com a seguinte redação: “Não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra “c” do Art. 101, III, da Constituição.”¹²⁶ No ano seguinte, precisamente no dia 08/05/1964, o STF editou novo enunciado, a Súmula 400, que apresentou também a expressão razoável: “Decisão que deu razoável interpretação a lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da CRFB/88”.¹²⁷

O Código de Processo Civil (CPC) ao tratar do cumprimento de obrigação de fazer, assim determina:

Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º – O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.¹²⁸

¹²⁴ Durante a produção da presente pesquisa, foi editada a nova Lei do Mandado de Segurança – Lei Federal 12.016, de 07 de agosto de 2009, a qual retirou do texto do artigo 3º a expressão “prazo razoável”, fixando de forma expressa prazo de 30 (trinta) dias para o ato. Abaixo novo texto do artigo 3º da lei: *Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.* (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm. Acessado em 04/11/2009.)

¹²⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm. Acessado em 20/10/2008.

¹²⁶ Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300. Acessado em 04/11/2009.

¹²⁷ Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acessado em 04/11/2009.

¹²⁸ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acessado em 04/11/2009.

A Lei Federal nº 9.784, 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, normatizou a aplicação do princípio da razoabilidade:

Art. 2º - A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.¹²⁹

A expressão encontra-se também relacionada a razoável duração do processo, conforme dispositivo inserto na CRFB/88, através da Emenda nº 45/2004, que assim prevê:

Art. 5º - (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.¹³⁰

Cabível a referência de que não com apelo ao razoável, mas, de forma explícita, a Constituição do Estado de São Paulo normatizou o princípio da razoabilidade, incluindo na Carta Estadual o seguinte dispositivo:

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.¹³¹

Pela análise dos aportes legais que envolvem a expressão razoável, percebe-se que os citados dispositivos extraídos do ordenamento jurídico brasileiro, em especial as súmulas editadas pelo STF, utilizam a categoria razoável como forma de condicionar o uso de forma geral, para se atentar ao bom senso e evitar atos ou decisões irrazoáveis, sem que isso importe no reconhecimento do princípio da razoabilidade.

¹²⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acessado em 04/11/2009.

¹³⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 04/11/2009.

¹³¹ Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao%20de%2005.10.1989.htm#titulo3>. Acessado em 05/11/2009.

2.2 Origem do princípio da razoabilidade

Segundo Fábio de Oliveira, a doutrina é uníssona em apontar o sistema da *common law* (*per legem terrae*), prescrita no art. 39, da Magna Carta inglesa de 1215, como sendo a fonte do princípio da razoabilidade. Cita o autor, que no ano de 1354, sob o reinado de Eduardo III, é editada a lei (*Statute of Westminster of the Liberties of London*), substituindo a expressão *per legem terrae* pelo termo *due process of law*.¹³²

2.2.1 A *common law*

A *common law* originária no *direito anglo-saxão*, é um sistema aberto onde novas regras são estabelecidas através de julgamentos de casos concretos. A jurisprudência conduz a lei e os códigos a um plano secundário.¹³³ Fábio de Oliveira registra que na transição do século XVI para o XVII, o *due process of law* evoluiu no sentido de fazer prevalecer a *common law* sobre o Estado.¹³⁴

Nos registros de Aziz Cretton, encontram-se informações de que o *due process of law* teve seu reconhecimento ampliado quando o Rei Carlos I, no ano de 1628, inspirado em Lord Coke, edita a *Petition of Rights*, na defesa da liberdade de nobres que se recusaram a subscrever empréstimos compulsórios cobrados indevidamente. No ano de 1679 a ampliação do *due process of law* se deu com o *Habeas Corpus Act*. Assim também ocorreu em 1689 com o *Bill of Rights*, e

¹³² OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 82. (Guerra Filho questiona sobre a origem da razoabilidade no sistema da *common law* (*per legem terrae*), na Magna Carta inglesa de 1215. O autor defende que a razoabilidade tem origem na clássica decisão do caso da Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corpn, de 1948, quando o Lord Greene estabeleceu que: “existe irrazoabilidade quando a Administração realiza uma atuação tão absurda que nenhuma pessoa sensível poderia sequer sonhar que ela se acha dentro dos poderes de autoridade.” É este o motivo que leva o autor a defender a dialética negativa – irrazoabilidade, que será analisada mais adiante. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 283.)

¹³³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado**. Tradução de Hermínio A. de Carvalho. 2ª ed. Lisboa: Meridiano, 1978, p. 468.

¹³⁴ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 82.

em 1701 com o *Act of Settlement*. Cretton¹³⁵, assim como Fábio de Oliveira¹³⁶, afirmam que as ampliações do *due process of law* sempre mantiveram o contorno processual.

Para Roland Seroussi, a *Common Law* aponta para uma liberdade audaciosa conferida ao julgador para decidir, mas, sem se afastar do compromisso com os princípios do ordenamento jurídico e as necessidades e evolução dos valores sociais, “sobretudo nos âmbitos da vida, da liberdade, dos direitos individuais e da propriedade privada.”¹³⁷

Cezar Medeiros, reconhecendo também que o devido processo legal efetivamente surgiu na Idade Média, no sistema da *common law*, por meio da Magna Carta, em 15 de junho de 1215, registra que o instituto fora inicialmente concebido como simples “limitação às ações reais”.¹³⁸

2.2.2 O *due process of law* e o *substantive due process*

A cláusula do *due process of law* do direito anglo-saxão foi recepcionada “vigorosamente” pelos Estados Unidos. A garantia do *due process of law* (devido processo legal), foi incorporada de forma expressa nas emendas 5^a (1791) e 14^a (1868) da Constituição norte-americana. A Emenda 5^a consagrou que ninguém pode ser privado da vida, da liberdade e de sua propriedade, sem o devido processo legal. Já a Emenda 14^a estendeu a mesma regra aos Estados-Membros, estabelecendo que o Estado não poderia atentar contra a vida, a liberdade e a propriedade, sem o devido processo legal.¹³⁹

¹³⁵ CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 43/44.

¹³⁶ OLIVEIRA, Fábio. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 82.

¹³⁷ SEROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e americano**. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 87/88.

¹³⁸ MEDEIROS, Luiz César. Princípio do devido processo legal: *Procedural due process* e *substantive due process*. In: CRUZ Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Coordenadores). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**, p. 74.

¹³⁹ MEDEIROS, Luiz César. Princípio do devido processo legal: *Procedural due process* e *substantive due process*. In: CRUZ Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Coordenadores). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**, p. 83.

Considerada como a última e mais significativa fase do *due process of law*, surge o *substantive due process*, que, além da análise do preenchimento das garantias processuais, passa a permitir ao controle jurisdicional a análise do mérito da ação estatal.¹⁴⁰

Segundo Siqueira Castro, a *common law* americana diverge da inglesa, assentando o autor que os Estados Unidos adota a *judicial review*, e isto caracteriza:

(...) uma marcante diferença na formulação do conceito de legalidade (*rule of law*), que, para os americanos, coincide com a supremacia da Constituição segundo declarada pelos juízes e tribunais, ao passo que, para os ingleses, significa a vontade do Poder Legislativo expressa nas leis votadas segundo o princípio da maioria parlamentar.¹⁴¹

Siqueira Castro reforça que o devido processo legal foi fundamental para a abertura da “imaginação criadora daqueles constitucionalmente incumbidos de amoldar a ordem jurídica aos mutantes anseios de justiça prevalentes em cada tempo e lugar.”¹⁴² Com pensamento semelhante, Paulo Fernando Silveira conduz o devido processo legal aos “princípios milenares da decência, lisura, honestidade.”¹⁴³ Para Fábio de Oliveira, “com avanços e retrocessos, o mandamento do *due process of law* se assenta na proteção dos direitos fundamentais.”¹⁴⁴

Discorrendo sobre direitos fundamentais, Bonavides lembra que:

Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça.¹⁴⁵

¹⁴⁰ MEDEIROS, Luiz César. Princípio do devido processo legal: *Procedural due process e substantive due process*. In: CRUZ Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Coordenadores). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**, p. 81.

¹⁴¹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 17

¹⁴² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**, p. 77.

¹⁴³ SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido Processo legal, 3ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 423.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 86

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 601.

Cezar Medeiros também explana sobre o assunto, e observa que o *due process of Law* (devido processo legal processual) se preocupa com a maneira pela qual a legislação, o ato administrativo ou a ordem judicial são executadas. Já com relação ao *substantive due process* (substantivo devido processo legal), registra o autor que nesta etapa, por volta de 1856, a Constituição norte-americana assume postura substantiva ao lado da questão processual, passando a limitar o mérito das ações estatais. Nesse sentido complementa o jurista: “ (...) é possível ao Judiciário a utilização do devido processo legal como meio de proteger as garantias fundamentais, inclusive com afastamento de regra legal que afronta a Constituição.” Destaca ainda, que o substantivo devido processo legal, como instrumento de proteção as garantias fundamentais, passou a ser utilizado não só em julgamentos, mas também como mecanismo para afastar legislação que afrontasse a CRFB/88.¹⁴⁶

O devido processo legal consignado na CRFB/88 possui fundamento nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição norte-americana.¹⁴⁷ Sua materialização no ordenamento constitucional brasileiro obedece a seguinte redação:

“Art. 5º - (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”¹⁴⁸

A derivação do devido processo legal é tratada por alguns autores, como uma conquista democrática da liberdade. Streck classifica o princípio do devido processo legal como “âncora do exercício da cidadania e da jurisdição no Estado Democrático de Direito”.¹⁴⁹

¹⁴⁶ MEDEIROS, Luiz César. Princípio do devido processo legal: *Procedural due process* e *substantive due process*. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Coordenadores). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**, p. 81/82.

¹⁴⁷ MEDEIROS, Luiz César. Princípio do devido processo legal: *Procedural due process* e *substantive due process*. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Coordenadores). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**, p. 80.

¹⁴⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 04/11/2009.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, 2006, p. 238.

2.2.3 A razoabilidade e a conexão com o devido processo legal

Conforme cita Siqueira Castro, é inquestionável que a razoabilidade está embutida na garantia explícita do devido processo legal¹⁵⁰, ou, na expressão de Cademartori, “a razoabilidade tem raízes” na garantia do devido processo legal. Estas citações demonstram ser o princípio da razoabilidade originário¹⁵¹ do devido processo legal.

Os ensinamentos de Cademartori registram que “o princípio do devido processo como princípio conexo com o da razoabilidade”, observou duas etapas fundamentais:

Em termos históricos, a trajetória de consolidação do princípio do devido processo legal como princípio conexo com o da razoabilidade observou duas etapas. A primeira enfatizou o caráter estritamente formal e processual (*procedural process*) do Direito. Numa segunda etapa, produto de um avanço paulatino, o devido processo legal assumiu um caráter substantivo (*substantive due process*) onde passou a ser avaliada, também, a razoabilidade e racionalidade das normas, num processo de análise baseado na verificação de compatibilidade entre o respeito pelas liberdades individuais, de um lado, e, por outro, as exigências sócio-políticas que moldam os valores constitucionais do Estado.¹⁵²

Diante da análise dos registros de Cademartori, a razoabilidade tem sua conexão com o devido processo legal, mas, de forma direta, na segunda etapa, com o surgimento, nos Estados Unidos, em 1856, do *substantive due process*. Neste mesmo sentido, embora deixando claro que as duas etapas (*procedural due process* e *substantive due process*) não se excluem, Barroso defende que foi o *substantive due process* “que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional”, como meio de controle da arbitrariedade e da

¹⁵⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**, p. 381.

¹⁵¹ Neste mesmo sentido sustenta Luís Roberto Barroso. Para este autor, há uma relação de fungibilidade entre a razoabilidade originária no devido processo legal do direito anglo-saxão, e o princípio da proporcionalidade originária na doutrina alemã. (BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, 23ª ed (1998): p. 69.)

¹⁵² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 116.

discricionariedade estatal, abrindo-se um “amplo espaço para o exame do mérito dos atos do Poder Público.”¹⁵³

Conforme Cademartori, o primeiro registro do surgimento da razoabilidade como critério de julgamento, encontra-se na jurisprudência anglo-saxônica, e ocorreu no direito britânico em 1905, quando o Lord Macnaughten decretou a seguinte regra:

It is well settled that a public body invested with statutory powers such as those conferred upon the corporation must take not to exceed or abuse its powers. It must keep within limits of the authority committed to it. It must act in good faith. And it must act reasonably. The last proposition is involved in the second, if not in the first.

Está estabelecido que uma entidade pública investida de poderes legais como os que se concedem a uma corporação deve ter o cuidado de não exceder ou abusar dos seus poderes. Deve manter-se dentro dos limites de autoridade que lhe foram conferidos. Deve atuar de boa-fé. E deve atuar razoavelmente. A última proposição está incluída na segunda, se não na primeira.¹⁵⁴

Na jurisprudência inglesa, também citada na obra de Cademartori, encontra-se o caso da Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corpn, de 1948, quando o Lord Greene estabeleceu que:

“(...) existe irrazoabilidade quando a Administração realiza uma atuação tão absurda que nenhuma pessoa sensível poderia sequer sonhar que ela se acha dentro dos poderes de autoridade.”¹⁵⁵

Dos ensinamentos de Valeschka Braga extraí-se que o *substantive due process of law* consiste numa garantia assecuratória aos indivíduos de que os atos estatais, legislativos, administrativos ou judiciais, sejam elaborados

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, 23ª ed (1998): p. 65/66.

¹⁵⁴ Tradução: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 115.

¹⁵⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 115.

de acordo com os ditames constitucionais (razoabilidade externa)¹⁵⁶, devendo ser resguardados os direitos fundamentais, sob pena de nulidade dos referidos atos.¹⁵⁷

Assim como a razoabilidade deriva do devido processo legal, outros princípios de ordem processual também são considerados como derivados do devido processo legal, como é caso, por exemplo, do contraditório e ampla defesa, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões, do duplo grau de jurisdição e da proibição da prova ilícita.

2.3 Razoabilidade - princípio constitucional implícito

A razoabilidade não se encontra normatizada de forma explícita, como princípio, na CRFB/88. Para identificar se a razoabilidade é ou não reconhecida como princípio constitucional implícito, busca-se os ensinamentos de Barroso, que, com inspiração na doutrina alemã¹⁵⁸, aduz ser o princípio da razoabilidade inerente ao Estado de Direito, e, portanto, integra de modo implícito o sistema, “como princípio constitucional não escrito”.¹⁵⁹

A doutrina e a jurisprudência são unânimes em reconhecer os princípios constitucionais implícitos. Neste sentido defende Barroso que “os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos.”¹⁶⁰ No mesmo caminho, Moraes da Rosa registra que o reconhecimento dos princípios implícitos está positivado na CRFB/88, através da

¹⁵⁶ No item 2.5 deste capítulo será abordada a classificação de razoabilidade interna e externa, utilizada por alguns autores brasileiros como critério de identificação da razoabilidade.

¹⁵⁷ BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípio da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 44.

¹⁵⁸ A justificativa da inspiração de Luís Roberto Barroso encontra-se na relação de fungibilidade que o autor atribuiu a proporcionalidade (de origem alemã) e a razoabilidade (de origem do direito anglo-saxão).

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 237.

¹⁶⁰ BARCELOS, Ana Paula. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade), teoria crítica e pós-positivismo) In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

redação do § 2º do artigo 5º, que reza o seguinte: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”¹⁶¹

Discorrendo sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, Cademartori leciona que:

(...) os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, embora não expressos de forma literal na Constituição, configuram-se, dentro do ordenamento jurídico, como parâmetros necessários e permanente de ponderação racional a orientar toda e qualquer atividade estatal, seja ela legislativa, administrativa ou judiciária. Nessa medida, devem ser entendidos, mais do que princípios, como máximas do Direito, embora no âmbito jurídico brasileiro continuem a ser chamados de princípios.¹⁶²

Em estudo sobre a judicialização da política, Vianna justifica que a indeterminação do direito acaba por conduzir o Poder Judiciário a uma posição de ‘legislador implícito’, controlador da vontade do soberano, com permissão para invocar o justo contra a lei, assim explicando o autor:

A indeterminação do direito, por sua vez repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria acabamento do Poder Judiciário, (...) a estabelecer o sentido ou completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘natureza jurídica’. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’.¹⁶³

Defendendo a norma não escrita na busca da resposta certa, Dworkin sustenta que; se não for possível encontrar a resposta certa para algumas questões de direito, deve ser reconhecida a possibilidade de que outro sistema jurídico seja capaz de fornecer a resposta correta, ainda que não exista nenhum comando legislativo.¹⁶⁴

¹⁶¹ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 86.

¹⁶² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**, p.130.

¹⁶³ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.21.

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 201.

Em obra sobre filosofia do direito, tratando do tema “interpretação lógica”, Gustav Radbruch defende o “sentido da lei” ainda que não conste em texto impresso. Relata o autor que na interpretação lógica, “ela não investiga o sentido realmente pensado pelo legislador, mas um pretendido, um sentido deduzido da lei, embora nela não se tenha impresso.”¹⁶⁵

Conforme consta registrado na obra de Barroso¹⁶⁶, apesar da razoabilidade não constar de forma expressa na CRFB/88, é preciso lembrar que durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, que resultou na Carta Política de 1988, a razoabilidade chegou a ser aprovada pela Comissão de Sistematização, para inclusão no texto final, assim prevendo no *caput* do art. 44:

A administração pública, direta, indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimação, a razoabilidade.

Sobre a não inclusão de forma expressa do princípio da razoabilidade na CRFB/88, Siqueira Castro ressalva o seguinte:

Inobstante a mal-inspirada supressão do cânone da ‘razoabilidade do texto final da Constituição recém promulgada, o que importa e é verdadeiramente decisivo é o fato de sua subsistência no novel e promissor sistema constitucional.’¹⁶⁷

Está em trâmite no Senado Federal, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti (PTB-RR), projeto de emenda à CRFB/88 nº 55, de 10/05/1999, que pretende incluir no *caput* do artigo 37 da CRFB/88, o princípio da razoabilidade. O referido projeto já foi aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com parecer favorável do então ex-Senador da República Jefferson Péres (PDT-AM).¹⁶⁸

¹⁶⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Marlene Holzhausen: revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. – São Paulo: Martins Fontes, 2004, (coleção justiça e direito), p. 169.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, 2004, p. 236/237.

¹⁶⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**, p. 381.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, 124. (Informação conferida no portal da internet do Senado Federal, em 12/07/2008.

2.4 Características e definição de razoabilidade

Em atenção ao compromisso de tentar apresentar uma definição sobre razoabilidade, cabe a ressalva acerca da complexidade do tema, como já asseverou Bonavides ao comentar que “o princípio da razoabilidade é mais fácil de ser compreendido do que definido”.¹⁶⁹ Fábio de Oliveira também assevera que “não é tarefa simples conceituar a norma da razoabilidade”, referenciando o autor que sua definição é aberta e carece de densificação.¹⁷⁰ Neste sentido, faz-se imprescindível antes de estabelecer o conceito ou uma definição mínima, descrever algumas características e reflexões específicas que envolvem o tema, para, ao final deste sub-capítulo, tentar registrar alguns conceitos jurídicos de razoabilidade.

2.4.1 Razoabilidade, bom senso e/ou consenso

Encontra-se em alguns autores, a sustentação de que a razoabilidade surge a partir do senso comum e do bom senso. Para Fábio de Oliveira, “Razoável é conforme a razão, racional. (...) Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnados em dada comunidade.” Pondera o autor, com base na pauta da CRFB/88, que a razoabilidade fica essencialmente ligada mais ao bom senso do que ao senso comum.¹⁷¹ Motta da Silva menciona que na visão teórica do princípio da razoabilidade, surge o termo razão, a qual “evoca o sentido de bom senso.”¹⁷² Barroso leciona que é ‘razoável’ o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário e caprichoso, o que corresponda ao senso comum.¹⁷³

O Senador Jefferson Peres faleceu em 23/05/2008, seu mandato terminaria somente no ano de 2011.)

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2007, p. 356.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 98.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 101/105.

¹⁷² SILVA, Moacyr Motta da. O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio de justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, p. 10.

¹⁷³ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004. p. 224

Considerando a relação que a doutrina faz do bom senso e consenso com a razoabilidade, com a pretensão de se abrir espaço para reflexão, entende-se pertinente alguns breves registros jurídicos sobre as categorias: bom senso e consenso.

Sobre a dificuldade de se estabelecer um juízo básico do senso comum, encontra-se um alerta de Ferreira de Melo, que em sua obra *Fundamentos da Política Jurídica*, ao discorrer sobre o caráter político-jurídico da norma, alerta que “para a política do direito, o consenso não existe e não deve ter existido jamais na sociedade humana, pois os conflitos foram sempre a tônica da história.”¹⁷⁴

Compromissado com o desejo de saber distinguir o verdadeiro do falso, Descartes considerava que o “bom senso é a coisa mais bem repartida deste mundo, por que cada um de nós pensa ser dele tão bem provido.”¹⁷⁵ Sobre o receio de se acatar o falso como verdadeiro, Aristóteles ao tratar da justiça em seu livro terceiro, já registrará que “o injusto e falso é mais ou menos a mesma coisa”.¹⁷⁶

O debate sobre o “consenso” é tema discutido com profundidade por Streck, inclusive com a publicação de obra intitulada “Verdade e Consenso”, onde o jurista se dedica fundamentalmente ao estudo do papel da jurisdição constitucional na tentativa de superar o modelo de regras, que, na visão do autor, são insuficientes para solucionar todos os casos. Na apresentação da segunda edição, o doutrinador, alegando homenagem a Gadamer, autor do livro “Verdade e Método”, para tentar evitar o mesmo risco que padeceu Gadamer, de ser mal interpretado quanto ao título da obra, declara que, efetivamente, seu livro deve ser lido como “Verdade contra o Consenso”.¹⁷⁷

Na mesma esteira contra o consenso parece caminhar Brandão, ao afirmar que “a relação entre os direitos na atualidade, não permite mais se pensar que eles possuam caráter absoluto. Há, pelo contrário, uma evidente

¹⁷⁴ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da política jurídica**, p.86.

¹⁷⁵ DESCARTES, René. **Discurso do Método**, p. 41.

¹⁷⁶ ARISTÓTELES. **A Política**, p. 60.

¹⁷⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, 2ª ed. rev. e ampl., Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2007.

relatividade na manifestação dos direitos”.¹⁷⁸ Continua o autor, aduzindo que é cada vez mais comum que a um direito corresponda o direito de outrem, como por exemplo a lesão ou ameaça de lesão ambiental, a que se contrapõe o interesse da ordem econômica e social. Em regra, o exercício de um direito faz manifestar, em contraposição, outro interesse ou direito.¹⁷⁹

Cademartori também enfrenta o assunto num enfoque garantista, e registra que o senso comum capaz de embasar a razoabilidade, deve ser entendido como a “aceitação comum dos valores decorrentes dos direitos fundamentais de que a sociedade em geral compartilha”.¹⁸⁰

2.4.2 A razoabilidade como dialética negativa

Perelman defende a expressão “razoável” vinculando-a também ao senso comum, ou, aquilo que é aceitável em determinada comunidade.¹⁸¹ Por outro lado, reconhece que sua definição é vaga e de conteúdo variável, afirmando que se trata de uma “noção confusa”. Perelman tenta resolver a questão defendendo a dialética negativa, devendo-se buscar o razoável pela exclusão. Assim, avaliando-se aquilo que não é razoável alcança-se o razoável.¹⁸²

Nesta mesma linha, Guerra Filho defende que a razoabilidade tem uma função negativa, arregimentando tal posição no questionamento que faz acerca da origem da razoabilidade no sistema da *common law* (*per legem terrae*), na Magna Carta inglesa de 1215. O que o autor sustenta, é o princípio da irrazoabilidade (Wednesbury) na forma aplicada na Inglaterra, originada na clássica decisão do caso da Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corpn, de 1948, quando o Lord Greene estabeleceu que: “existe irrazoabilidade quando a

¹⁷⁸ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**, p. 131.

¹⁷⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**, p. 132.

¹⁸⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 119.

¹⁸¹ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 243.

¹⁸² PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**, p. 665.

Administração realiza uma atuação tão absurda que nenhuma pessoa sensível poderia sequer sonhar que ela se acha dentro dos poderes de autoridade."¹⁸³

Por outro lado, Afonso da Silva, analisando a fórmula clássica da decisão *Wednesbury Corpn*, em estudo que aborda a razoabilidade e a proporcionalidade, adverte que o teste da dialética negativa - irrazoabilidade, não irá alcançar o objetivo da razoabilidade, pois ficará adstrito apenas a afastar "atos absurdamente irrazoáveis".¹⁸⁴

Neste mesmo sentido parece caminhar Fábio de Oliveira, pois o autor manifesta discordância com a dialética negativa, que, na sua visão, serve apenas para limitar a atividade estatal, asseverando que num Estado Democrático e Social de Direito, como é o brasileiro, a razoabilidade possui conteúdo material positivo que serve de ponderação de interesses em consonância com o sistema constitucional, logo, não se pode defender que a razoabilidade tem somente uma feição negativa.¹⁸⁵

2.4.3 Uma tentativa de definir o princípio da razoabilidade

Conforme lembra Bonavides, "o ponto central da grande transformação por que passam os princípios, reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade". Assim como os demais princípios, a razoabilidade também se encontra no centro das discussões sobre o caráter normativo dos princípios.¹⁸⁶

Reconhecendo o caráter normativo da razoabilidade na produção legislativa, Siqueira Castro pondera que a moderna teoria constitucional exige que as normas sejam razoáveis e racionais, devendo o texto da lei operar

¹⁸³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 283.

¹⁸⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, p. 29.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 95.

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 289.

como meio idôneo, hábil e necessário para se alcançar as finalidades constitucionalmente válidas.¹⁸⁷

Segundo Motta da Silva, “a razoabilidade atua na esfera dos valores da sociedade, com destaque para o valor de justiça.” A razoabilidade não prioriza, como base de estudo, o aspecto formal e extrínseco da lei, mas, pelo juízo axiológico, procura o sentido de justiça. Para o autor, “a razoabilidade não remete à solução única, mas à pluralidade de possível solução. A razoabilidade reconhece a possibilidade de falha e a existência de limitações da razão,” e sua aplicação não deve ser entendida como abandono da teoria positivista.¹⁸⁸

Barroso defende uma relação de fungibilidade entre a razoabilidade originária no devido processo legal do direito anglo-saxão, e o princípio da proporcionalidade originária da doutrina alemã,¹⁸⁹ e, com base nesta concepção, apresenta um conceito estabelecendo que “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça.”¹⁹⁰ O autor também posiciona a razoabilidade como meio de defesa dos direitos individuais, asseverando que:

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.¹⁹¹

Das obras pesquisadas e com base nas reflexões até aqui citadas neste sub-capítulo, em especial aquelas concernentes a relação da razoabilidade com o bom senso e o senso comum, e, também, a razoabilidade como

¹⁸⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**, p. 157.

¹⁸⁸ SILVA, Moacyr Motta da. O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio de justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, p. 10/11.

¹⁸⁹ A abordagem sobre a distinção ou identidade entre razoabilidade e proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, será tratada no terceiro capítulo.

¹⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, p. 69.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004, p. 373.

dialética negativa, selecionamos os autores Fábio de Oliveira e Luiz Cademartori, para, em conexão com as ideias de Streck e Perelman, tentar identificar um caminho capaz de emitir uma compreensão mínima sobre o espaço ocupado e a normatividade do princípio da razoabilidade.

Segundo o que estabelece Fábio de Oliveira, especificando de forma expressa que “é possível propor um conceito para razoabilidade”, o autor assim define:

Razoabilidade é a norma constitucional que estabelece critérios formais e materiais para a ponderação de princípios e regras, com o que confere lógica aos juízos de valor e estreita o âmbito da discricionariedade com base na pauta prevista pela Constituição, estando essencialmente ligada ao bom senso mais do que ao senso comum.¹⁹²

Enfrentando o problema do consenso relacionado com a razoabilidade, Fábio de Oliveira defende que:

A Constituição é o consenso, é o senso comum representado no acordo fundamental que une a sociedade. A razoabilidade é um paradigma constitucional. É a natureza prescritiva que a distingue de uma identificação meramente factual. Caso ela estivesse igualada ao que é, não teria força (normativa) para proclamar o que deve-ser e, deveras, seria dispensável.¹⁹³

Prossegue o autor, aduzindo que mesmo havendo unanimidade (consenso total), ainda assim não seria possível garantir a existência de razoabilidade. “É preciso indagar de que senso comum se está tratando”. Para o autor, “a norma razoabilidade visa aproximar o senso comum do bom senso”, sendo este o motivo deste princípio conformar os procedimentos com as matérias de juízo, situando que o cerne da questão “é um problema de boas razões e não de razões consensuais”, em busca do convencimento e não da persuasão.¹⁹⁴

¹⁹² OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 105.

¹⁹³ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 183/184.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 184/185.

Questões aparentemente indissolúveis como a que ora se apresenta, onde parece impossível se encontrar uma definição para o princípio da razoabilidade, é fruto, na visão de Karl Popper, da profunda mudança social, citando que a razoabilidade é um destes motivos de tensão e inquietação diante de problemas de difícil solução, asseverando o autor que:

Esta tensão, esta inquietação é consequência do desmoronamento da sociedade fechada. (...) É tensão criada pelo esforço que a vida em uma sociedade aberta e parcialmente abstrata continuamente exige de nós, pelo afã de ser racionais, de superar pelo menos algumas de nossas necessidades sociais emocionais, de cuidar de nós mesmos e de aceitar responsabilidades. Em minha opinião, devemos suportar esta tensão pelo preço pago como incremento de nosso conhecimento, de nossa razoabilidade, de cooperação e ajuda mútua e, em consequência, de nossas possibilidades de sobrevivência e de vulto da população. É o preço que temos de pagar por sermos humanos.¹⁹⁵

Cademartori numa abordagem garantista anuncia o seguinte:

A concepção do que seja razoável (reasonableness) numa determinada decisão de autoridade pública, caracteriza-se como aquilo que contraria certos conceitos que, embora específicos, nem sempre a doutrina britânica determina. São eles por exemplo, wrong motive (motivos errados), improper purposes (equivalente ao conceito de desvio de poder) além de má-fé ou intenção dolosa ou ainda abuso de poder.¹⁹⁶

Denota-se que na visão garantista de Cademartori, “o princípio da razoabilidade opera como balizador do controle jurisdicional sobre a atuação discricionária estatal”, seja ela, legislativa, administrativa ou judiciária. Em nenhum momento o autor faz referência a necessidade da existência de bom senso ou de consenso na aplicação da razoabilidade. É preciso o registro, que a inexistência das expressões – “bom senso e/ou consenso”, na definição apresentada por Cademartori, não significa a permissão de atos estatais desarrazoados.¹⁹⁷

¹⁹⁵ POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. 3ª ed., vol. I, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987. p. 192.

¹⁹⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 114.

¹⁹⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 113/130.

Neste contexto, cabe o alerta de Streck, que, em sua obra *Verdade e Consenso*, ou, *Verdade contra o Consenso*, como prefere o próprio autor, leciona que: “Princípios, ao superarem as regras, proporciona(ra)m a superação da subsunção. Princípios não ‘facilitam’ atitudes decisionistas e/ou discricionárias.”¹⁹⁸ No mesmo sentido, Perelman, enfrentando o assunto, conclui que a noção vaga da expressão ‘razoável’ não poderá permitir atos arbitrários, justificando que o que é desarrazoado é injusto e não é direito.¹⁹⁹

2.5 A razoabilidade interna e a razoabilidade externa

Antes de ingressar-se diretamente no entendimento da razoabilidade interna e externa, parece pertinente breve anotação das definições traçadas por Ávila ao discorrer sobre a eficácia interna e externa dos princípios. Neste aspecto, assim leciona o autor:

Eficácia interna: As normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.

Eficácia externa: As normas jurídicas, no entanto, não atuam somente sobre a compreensão de outras normas. Elas atuam sobre a compreensão dos próprios fatos e provas. Com efeito, sempre que se aplica uma norma jurídica é preciso decidir, dentre todos os fatos ocorridos, quais deles são pertinentes (exame da pertinência) e, dentre todos os pontos de vista, quais deles são os adequados para interpretar os fatos (exame da valoração).²⁰⁰

Feitas estas considerações sobre a eficácia interna e externa dos princípios, em relação ao princípio da razoabilidade, a doutrina brasileira, aqui representada pelos ensinamentos de Barroso²⁰¹, utiliza-se de uma classificação

¹⁹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 189.

¹⁹⁹ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**, p. 431/437.

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos**, 2006, p. 97/99.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, p. 70/71.

elaborada pelo jurista argentino Humberto Quiroga Lavié, que desenvolveu critérios de aferição do princípio da razoabilidade, utilizando-se do que chama de razoabilidade interna e externa.²⁰² A primeira seria responsável pela identificação da compatibilidade entre meio e fim. A segunda ficaria incumbida de avaliar a legitimidade dos meios. Para melhor compreensão da questão, colaciona-se na íntegra os ensinamentos de Barroso:

Esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre motivos, meios e fins. (...) De outra parte, havendo razoabilidade interna é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente.
203

Segundo encontra-se nos registros de Fábio de Oliveira, “a razoabilidade interna exige um vínculo lógico, causal, entre os motivos que ocasionaram a medida estatal e os fins perseguidos por ela. É aferida dentro do próprio ato.” Já a razoabilidade externa, “faz um juízo comparativo do ato com a Constituição. Os valores informativos da medida devem conferir com a axiologia constitucional.” Poderá existir razoabilidade interna sem a externa, porém, a

²⁰² O estudo da classificação da razoabilidade interna e externa voltará a ser abordada no terceiro capítulo, a considerar sua relevância na verificação da identidade ou diferença entre razoabilidade e proporcionalidade, eis que a proporcionalidade, conforme se abordará no terceiro capítulo, também apresenta uma subdivisão em três tópicos, que na lição de Alexy são “máximas parciais: da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p 116-117.)

²⁰³ O autor cita um exemplo para explicar a razoabilidade interna e outro para a externa: na razoabilidade interna: “se diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão e a norma, em princípio, se afigura válida. Ao revés, se diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isto porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistente qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.” Na razoabilidade externa: “Suponha, por exemplo, que diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma deste teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade diante da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade.” BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, p. 71.

razoabilidade externa sempre pressupõe a interna. Para o autor, se os meios apresentam lógica e são compatíveis com a pauta axiológica do Estado de Direito, a razoabilidade estará concretizada, onde os meios justificam os fins.²⁰⁴

Ávila defende que a falta de utilização de critérios no exame da razoabilidade, não impede o teórico do direito saber quais são os critérios “implicitamente” utilizados na jurisprudência dos tribunais superiores. Neste sentido o autor não fala em critérios, mas em “acepções”. Admitindo a existência de ‘tantas acepções’, o autor cita três: 1) a razoabilidade como equidade, a qual exige harmonia da norma geral com o caso individual; 2) a razoabilidade como congruência, exigindo harmonia das normas com suas condições externas de aplicação; 3) a razoabilidade como equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.²⁰⁵

Na primeira acepção²⁰⁶, a razoabilidade deve considerar o aspecto individual, pois, em determinados casos específicos, a norma geral pode ser descartada, por se tratar de caso anormal, verificando-se que a norma é condição necessária, porém insuficiente para aplicação naquele determinado caso. É neste sentido que Barroso defende que a norma deva ser interpretada no “caso concreto”, no intuito de alcançar a realização do fim constitucional nela embutido.²⁰⁷

²⁰⁴ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 103-105.

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139.

²⁰⁶ Alegando um indispensável suporte empírico exigido pelo tema, o autor apresenta como exemplo desta acepção, uma decisão proferida no processo administrativo nº 13003.000021/99-14, 2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000, no qual “uma pequena fábrica de sofás, enquadrada num regime tributário especial como empresa de pequeno porte, foi excluída deste enquadramento fiscal especial, e menos oneroso, por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou a importação de quatro pés de sofás, para um sofá apenas, uma única vez. Recorrendo da decisão, a exclusão foi anulada, por violar o princípio da razoabilidade, na medida em que uma interpretação dentro do razoável indica que a interpretação deve ser feita “em consonância com aquilo de, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”. Nesse caso, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário especial incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada, porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justifica (estímulo da produção nacional por pequenas empresas).”

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004, p. 373.

Na segunda acepção²⁰⁸, a razoabilidade exige harmonia das normas com suas condições externas. O autor faz questão de esclarecer, que não se trata da análise da relação entre meio e fim, mas entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. “A interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas.” Estes parâmetros estão presentes na eficácia dos princípios constitucionais, como, por exemplo, do devido processo legal, do princípio da igualdade, que impedem a utilização de critérios distintivos inadequados. “Diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade.” Esta diferenciação aplicada ao caso concreto, para ser válido, no critério defendido por Barroso, precisa passar pelo teste da razoabilidade interna e externa.²⁰⁹

Na terceira acepção,²¹⁰ a razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, admitindo o autor que se trata, neste caso, da proibição de excesso, mas, diversa daquela inerente ao princípio da proporcionalidade.²¹¹ Na proporcionalidade, pressupõe-se a relação de causalidade entre o fim de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adota-se o meio e promove-se o fim. Mas, na utilização da razoabilidade, como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada, “uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela. É a razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência)”.²¹²

²⁰⁸ O autor apresenta como exemplo desta acepção, o julgamento proferido no STF, Tribunal do Pleno, MC na ADI 489/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 7.8.1997, DJU 22.11.1991, P. 16.845, no qual “uma lei estadual determinou que o período de trabalho de secretários de estado deveria ser contado em dobro para efeitos de aposentadoria. Levada a questão a julgamento, afirmou-se que não há razoabilidade em se considerar que o tempo de serviço de um secretário de Estado deva valer o dobro que os demais servidores. Trata-se de discriminação arbitrária ou aleatória. Em virtude disso, a distinção foi considerada inválida, pois a instituição de distinção sem causa concreta viola o princípio da igualdade.

²⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004, p. 243.

²¹⁰ O autor apresenta como exemplo desta acepção, decisão do STF, Tribunal do Pleno, MC na Repr. 1.077-RJ, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 26.2.1981, DJU 27.3.1981, p. 2.533, no qual foi “declarada inconstitucional a criação da taxa judiciária de percentual fixo, por considerar que em alguns casos essa ria tão alta que impossibilitaria o exercício de um direito fundamental – obtenção de prestação jurisdicional -, além de não ser razoavelmente equivalente ao custo real do serviço.”

²¹¹ Segundo Cademartori, “princípio complementar da razoabilidade”, o princípio da proporcionalidade é também denominado proibição de excesso, e configura-se pela “exigência de adequação entre meio e fim, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível do direito ou bem constitucionalmente protegido.” (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 117).

²¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2006, p. 139-147.

2.6 Uma breve noção sobre direitos fundamentais

A razoabilidade surge como forma de assegurar os direitos fundamentais contra a ação discricionária estatal, ou, havendo colisão entre estes direitos, empreender esforço para minimizar a restrição àquele direito fundamental que inevitavelmente for preterido. Neste contexto, entende-se suficiente uma breve análise sobre o significado destes direitos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Para Marcos Garcia, em artigo publicado sobre a colaboração de Cristian Thomasius ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, relata que a “luta pela humanização do direito penal e processual, iniciada por Thomasius, será um dos pilares essenciais na construção do ideal dos direitos fundamentais”. O esforço de Thomasius e de outros seguidores, contribuiu para a evolução em países do ocidente, do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, sendo um marco histórico a inserção destes direitos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada em 1948, que em seu artigo 8º assim estabeleceu: “Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competente remédio efetivo para o ato que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”²¹³

Segundo Canotilho, os direitos fundamentais são tidos como normas constitucionais posicionados no topo da pirâmide normativa. Na concepção do autor português, sem esta positivação jurídica, “os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos resguardados sob a forma de normas constitucionais.²¹⁴

Mariano da Silva apresenta as características dos direitos fundamentais, estabelecendo que estes direitos possuem caráter histórico, pois podem surgir, alterarem-se ou desaparecem no decorrer da história; são inalienáveis, ou seja, são indisponíveis, intransferíveis, inegociáveis – por parte de

²¹³ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Cristian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, p. 436.

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

seus detentores; são imprescritíveis, a considerar que o fato de não estarem sendo exercidos não eliminam a sua exigibilidade; são irrenunciáveis, já que ninguém pode alegar que não deseja ser protegido por um determinado direito fundamental.²¹⁵

Com estas breves anotações, pressupõe-se que os direitos fundamentais, no regime democrático brasileiro, são aqueles direitos garantidos na CRFB/88, não se excluindo os direitos do homem reconhecidos como direitos fundamentais, através de convenções e tratados internacionais, como por exemplo, aqueles inseridos na Declaração Universal dos Direitos do Homem editada em 1948.

2.7 A discricionariedade

Diante dos aportes teóricos até aqui coletados, pode-se estabelecer que o princípio da razoabilidade é meio de controle da atividade discricionária estatal (legislativa, administrativa ou judiciária).²¹⁶ Assim, este princípio não fica restrito apenas ao plano processual, nem somente ao mérito de decisões judiciais, pois também alcança o mérito das decisões legislativas e administrativas. Neste caminho, parece que a discricionariedade é inevitável e a razoabilidade será o seu elemento de limitação e fixação de parâmetros de atuação.

Sobre Poder Discricionário, Celso Antônio Bandeira de Mello

assim leciona:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.²¹⁷

²¹⁵ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 181.

²¹⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 113/130.

²¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed., Malheiros, São Paulo: 2006, p. 916.

A partir destas constatações, primeiro, de que a discricionariedade é inevitável, e, segundo, que discricionariedade é a liberdade para decidir por uma dentre duas ou mais hipóteses consideradas legais, a doutrina demonstra preocupação com o risco da ocorrência de arbitrariedade. É assim que expressa Fábio de Oliveira, ao aduzir que “o princípio da razoabilidade vem limitar e condicionar a discricionariedade, tendo especial importância nos julgamentos das questões difíceis.”²¹⁸

O jurista espanhol Alcalá-Zamora reconhece que a discricionariedade permeia não só os atos administrativos, mas também o ato judicial. Em um de seus trabalhos sobre jurisdição, o autor manifesta preocupação com os atos administrativos fundamentados na discricionariedade, aduzindo que podem, sem dúvida, apresentar uma tendência a arbitrariedade desenfreada. No mesmo sentido, alerta também o autor, que, a jurisdição, embora amparada pelo estrito cumprimento da lei (legalidade), oferece resquícios - possui brechas por onde penetra a discricionariedade, e pode também acarretar arbitrariedade.²¹⁹

Marcos Garcia, através de artigo em que aborda “a contribuição de Chirstian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais”, no plano teórico do direito natural racionalista com a separação entre o direito e moral, e na luta iniciada pela humanização do direito penal e processual, relata que Thomasius foi considerado o iniciador do Iluminismo na Alemanha entre os séculos XVII e XVIII, e, neste período o filósofo alemão já atacava a margem de discricionariedade que os juízes dispunham para aplicar a lei penal. A legislação penal não determinava a pena concreta aplicável a um delito, o que acabava remetendo diretamente ao julgador, a prerrogativa de fixar a pena ao caso concreto.²²⁰

Cademartori tratando da discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional, aborda o assunto a partir do problema dos conceitos

²¹⁸ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 101.

²¹⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Estudios de Teoria General e Historia del Proceso**. Tomo I. México: Universidade Nacional Autónoma de México. 1974, p. 43. (tradução livre)

²²⁰ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Cristian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, p. 430.

jurídicos indeterminados, que, na sua visão, funcionam como motivadores da atuação discricionária. Cita como alguns conceitos jurídicos indeterminados, categorias como a própria razoabilidade, o interesse público, a moralidade, a conveniência e a oportunidade.

Para demonstrar a amplitude do problema e sua estrita ligação com conceitos pautados por juízos de valores, acrescenta também Cademartori, que, mesmo não havendo razoabilidade ou proporcionalidade na opção discricionária do ato administrativo, e, uma vez subordinado ao controle jurisdicional, para rebater os argumentos daqueles que alegarem, por exemplo, que o ato ofende a boa-fé e o princípio da moralidade, a autoridade administrativa poderá argüir como meio de justificativa de seu ato discricionário, a eventual urgência e excepcional interesse público. Conclui o autor, que, apesar da interpretação dos conceitos imprecisos ou indeterminados ser atribuição do Judiciário, “o controle jurisdicional ficará obrigado a respeitar o ato discricionário que optou por uma ou mais das soluções igualmente possíveis”, desde que devidamente comprovado, podendo o Judiciário interferir somente se a opção administrativa recair sobre uma escolha irrazoável e desproporcional.²²¹

Abordando a discricionariedade, Streck registra que os princípios gerais do direito, consagrado na Lei de Introdução ao Código Civil, se constituíam numa permissão a atuação discricionária, ao passo que os princípios constitucionais apresentam atualmente uma forma de limitar essa discricionariedade.²²² Complementa o autor, que “nenhum intérprete (juiz, promotor de justiça, advogado, etc.) está autorizado a fazer interpretações discricionárias. Não se pode justificar que seja permitido ao jurista fazer interpretações de acordo com a sua vontade.”²²³

Streck condena o uso equivocado da razoabilidade em favor do Estado, quando, por exemplo, para sustentar uma tese favorável ao Ente Público, o Julgador levanta o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária.²²⁴

²²¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p.140-143.

²²² STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 214/215.

²²³ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 221/222.

²²⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 151.

Em sua insurgência contra a discricionariedade, em qualquer hipótese, Streck complementa questionando: “Se os juizes podem dizer o que querem sobre o sentido das leis, ou se os juízes podem decidir de forma discricionária os *hard cases*, para que necessitamos de leis?”²²⁵

Discorrendo sobre hermenêutica, Streck defende que a libertação do direito do fundamento metafísico, deslocou o problema da legitimidade da fundamentação para outro ponto – as condições interpretativas, mas, sem se deixar cair na discricionariedade. Se o direito é saber prático, o objetivo de qualquer teoria jurídica é alcançar a concretização de direitos, e, ao mesmo tempo, evitar os decisionismos e arbitrariedades interpretativas. Para o autor, a discricionariedade positiva é incompatível com a era dos princípios. “A ‘arbitrariedade’ é exatamente produto daquilo que proporcionou sua institucionalização: o positivismo jurídico e suas diversas facetas, que sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação.” Na visão deste jurista, a discricionariedade é o cerne do positivismo.²²⁶ Em defesa do “constitucionalismo de caráter reformador” estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito, o autor expressa que:

(...) a discricionariedade das políticas de governo é larga, mas não absoluta. Discricionariedade não significa plena liberdade, nem arbitrariedade, afinal, os governos constitucionais devem atuar de acordo com a Constituição.²²⁷

Compartilhando a mesma concepção de que a aplicação do poder discricionário ficará condicionado à observância das limitações impostas pelos princípios constitucionais, Canotilho assevera que:

“Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (imprevisibilidade dos princípios); permitem, sim, projeções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), mas sempre limitadas pela juridicidade objetiva dos princípios. Como diz Dworkin, o ‘direito – e,

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, p. 240.

²²⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 179

²²⁷ STRECK, Lênio Luiz. Concreção de direitos e interpretação da Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**, p. 299/300/303/305.

desde logo, o direito constitucional – descobre-se, mas não se inventa”.²²⁸

Assim também defende Ferreira Mendes, ao aduzir que a Constituição tem limites estabelecidos para coibir a discricionariedade, inclusive no âmbito da produção legislativa, e, dentre estes limites, cita o princípio da proporcionalidade, asseverando o seguinte:

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, a idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas. (...) A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade, ou da proibição de excesso (...).²²⁹

Sobre o tema, Habermas registra que as respostas realistas falham porque interpretam as leis de forma pragmática-finalística, deixando nas mãos do juiz um grande poder discricionário, o que compromete a segurança do direito.²³⁰

Calsamiglia ao prefaciар edição espanhola da obra de Dworkin, *Derechos en Serio*, citando a discricionariedade, referenciou o seguinte:

"A recusa da discricionariedade do juiz tem também motivos políticos. Caso se admita a discricionariedade judicial, então os direitos dos indivíduos estão à mercê dos juízes. A tese da discricionariedade supõe retroatividade. Os direitos individuais só são direitos se triunfam frente ao governo ou à maioria. Deixar à discricionariedade do juiz a questão dos direitos significa não se tomar a sério os direitos. Frente ao poder jurídico do juiz - poder criador de direito discricionário - Dworkin propugna a função garantidora - não criadora - do juiz."²³¹

²²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. São Paulo, Editora Almedina, 1997, p. 1169.

²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**: Salvador, vol. 1, nº 5, agosto de 2001, p. 2.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997 v.1, p. 252.

²³¹ CALSAMIGLIA, Albert. Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin. *Derechos en Serio*. Barcelona, Editora Ariel, 1984. [on line] Trad de Patrícia Sampaio. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 18/09/2008.

O jurista norte americano Dworkin, efetivamente combate de forma contundente o ‘tudo’ ou ‘nada’ que caracteriza a tese positivista das normas, se contrapõe ao que chama de positivismo discricionário e defende a conexão entre direito, moral e política. A principal crítica de Dworkin ao positivismo, se refere a utilização do poder discricionário nos casos difíceis. Segundo o autor, para os positivistas, pode uma proposição de Direito ser contestada de tal maneira que nenhum lado tenha chance de provar que o outro está errado. Entendem que existem casos onde nenhuma regra pode ser aplicada, enquadrando-os como - “lacunas do direito”, abrindo-se ao juiz possibilidade de decidir conforme suas próprias convicções, ou seja, com discricionariedade para fixar uma nova regra. Para Dworkin, interpretar não significa a possibilidade de inventar. Contrapondo-se à discricionariedade judicial, Dworkin constrói sua tese da resposta correta: “Os casos difíceis possuem sempre uma única resposta correta.”²³²

²³² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 16/176/177.

CAPÍTULO 3

O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE: ASPECTOS DESTACADOS DO STF

3.1 Uma necessária abordagem sobre a proporcionalidade²³³

Em atenção a formulação de um dos problemas que suscitou o interesse pelo tema desta pesquisa, concernente a análise de existência ou não de uma relação de fungibilidade entre o princípio da razoabilidade e a proporcionalidade, não se pode analisar as posições doutrinárias sobre a identidade ou a diferença entre os dois institutos, sem antes se estabelecer um entendimento mínimo sobre a proporcionalidade.

3.1.1 Origem e definição

Segundo Suzana Barros, da filosofia do direito até se chegar ao modelo atual, historicamente sempre ao lado dos direitos humanos, o princípio da proporcionalidade surgiu da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, formulado com o intuito de controlar o poder de coação do monarca, ou do excesso de poder, garantindo a liberdade individual em face dos interesses da administração.²³⁴

²³³ Para tentar atender o caráter descrito da presente pesquisa, a considerar que o tema desta dissertação se reporta a análise no âmbito do constitucionalismo brasileiro, durante a fase de “investigação” constatou-se que a doutrina brasileira não é unânime em definir a proporcionalidade como princípio. Neste sentido, opta-se por fazer a chamada do título deste subcapítulo utilizando somente a expressão proporcionalidade. (Investigação: “(...) momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido.” - PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica*. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.)

²³⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da leis restritas de direitos fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 37/38.

Nos registros de Bonavides encontra-se que o princípio da proporcionalidade é originário no direito administrativo alemão, surgido no final do século XVIII, com profundas raízes nas teorias jusnaturalistas. Sua noção “se infere de outros princípios que lhes são afins”, com destaque ao princípio da igualdade, que se apresentou como característica da última fase do Estado de Direito, quando se transpassou da “igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade”.

Foi após a segunda guerra mundial que a proporcionalidade ganhou aplicação de caráter constitucional, o que ocorreu por primeiro na Suíça, e depois na Alemanha, em 1949, com o advento da Constituição Federal.²³⁵ A inserção na Constituição alemã ocorreu após a Corte Suprema daquele país começar a utilizar de forma reiterada em seus julgados, argumentos associados de forma explícita ao pensamento de proporcionalidade, tais como “excessivo, inadequado, necessariamente exigível, proibição de excesso.”²³⁶

Para tentar encontrar uma definição de proporcionalidade, parte-se dos ensinamentos do alemão Alexy, que defende o instituto como preceito e não como princípio, embora estabeleça o autor que “o caráter de princípio implica a proporcionalidade, e este implica aquele”, o que significa dizer que todo princípio emana do elemento ponderador da proporcionalidade.²³⁷ Os princípios, assim como as regras, são espécies do gênero norma, classificando o autor os princípios como “normas de otimização”:

(...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida possible, dentre de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.²³⁸

Cademartori ressalta que a proposição fundamental da proporcionalidade consiste na “exigência de adequação entre meio e fim, do meio

²³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 398, 407-408, 434.

²³⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 260/261.

²³⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 111.

²³⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 86.

mais idôneo ou a menor restrição possível do direito ou bem constitucionalmente protegido”, mediante a verificação de uma “perspectiva do senso comum e do atendimento de valores”, pertinente ao caso concreto.²³⁹

A particular preocupação com a regulação jurídica a ser dada de forma adequada ao “caso concreto”, não é recente, pois já era suscitada por Aristóteles, no livro segundo da obra “A política”, redigindo o autor que:

Na constituição, política, como em todas as outras artes, é impossível que todos os detalhes tenham sido marcados com uma exata precisão, por ela é obrigada a servir-se de expressões gerais, ao passo que as ações supõem sempre qualquer coisa de particular e individual.²⁴⁰

A partir da análise da classificação das normas jurídicas proposta por Alexy, que divide-as em regras e princípios, Afonso da Silva registra que proporcionalidade “é uma regra de interpretação e aplicação do direito”, cujo objetivo está firmado no propósito de evitar restrições de dimensões desproporcionais contra um direito fundamental ou de interesse coletivo. Como se vê, o autor reconhece a proporcionalidade não como princípio, mas como regra. A adoção do conceito de princípio a partir da teoria difundida por Alexy, segundo o autor, “pode ser errônea”, apresentado como justificativa a sua tese, o fato de que a proporcionalidade é aplicada de forma constante, sem variações, o que desclassifica-o da condição de princípio, muito embora admita que a adoção no ordenamento jurídico como princípio, e não como regra, tem o propósito de conferir a devida importância (constitucional) da proporcionalidade. O autor defende sua posição da seguinte forma:

Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, possibilidades fáticas e jurídicas, por conseguinte, “*mandamentos de otimização*”. (...) O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos com base na classificação de Alexy, pois

²³⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 121.

²⁴⁰ ARISTÓTELES. **A Política**, p. 46.

não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante sem variações.²⁴¹

Em defesa também da regra, e não do princípio da proporcionalidade, Walter Claudius entende que “a proporcionalidade teria o caráter de regra jurídica, não de princípio”, concluindo o autor como mais apropriado designar o termo como simples ‘critério’.”²⁴²

Ávila não se refere ao tema como princípio nem como regra. Para o autor, a proporcionalidade pode ser entendida como um “postulado estruturador de aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”.²⁴³

Para Ferreira Mendes, o princípio da proporcionalidade equivale ao postulado da ‘proibição de excesso’. Ressalta o autor que a proporcionalidade “em alguns sistemas reside na idéia dos direitos fundamentais, em outros, na própria idéia de Estado de Direito”, e, no sistema jurídico brasileiro, tem-se dito que se trata de uma “dimensão específica do princípio do devido processo legal, e ganhou autonomia na jurisprudência do STF” onde vem servindo como instrumento para proteção e solução de colisão entre direitos fundamentais.²⁴⁴

Evitar o excesso era também preocupação de Descartes, quando defendia a emissão de “opiniões moderadas e afastadas dos excessos”. Para o autor, “todo excesso costuma ser mau”, e, evitando-o, é possível reduzir a chance de afastar-se demais do verdadeiro caminho, no caso de erro.²⁴⁵

Na concepção de Afonso da Silva, a categoria ‘proibição de excesso’ reconhecida por parte da doutrina brasileira como sinônimo da proporcionalidade, merece ser abandonada. Para autor, a proibição de excesso

²⁴¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, p. 25.

²⁴² ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). **Princípios processuais civis na Constituição**, p. 293.

²⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos**, 2006, p. 149.

²⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, p. 2/18.

²⁴⁵ DESCARTES, René. **Discurso do Método**, p. 72.

evidencia somente o controle no excesso do poder estatal, ao passo que a proporcionalidade deve também servir de instrumento nos casos de omissão ou insuficiência da atuação estatal.²⁴⁶

Tratando da proibição de excesso, Streck posiciona este postulado como uma variável da proporcionalidade. Numa demonstração prática, por considerar justamente que “o direito é um saber prático”, o autor defende a inconstitucionalidade do instituto da reincidência prevista no Código Penal, asseverando que a prevalência da regra que estabelece o agravamento da pena para os reincidentes, viola o princípio da proibição de excesso e a proibição do *bis in idem*. É com este exemplo que o jurista defende o princípio da proibição de excesso como uma “variável” do princípio da proporcionalidade.²⁴⁷

3.1.2 Os subelementos²⁴⁸ da proporcionalidade

O autor alemão Alexy estabelece que a natureza dos princípios está estritamente relacionada com máxima²⁴⁹ da proporcionalidade, e esta, desdobra-se em “três máximas parciais: da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)”, decorrendo esta última “logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”.²⁵⁰

Como se observa na concepção de Alexy, na versão espanhola de sua obra o autor define os subelementos da proporcionalidade como

²⁴⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, p. 26/27.

²⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 130-132. (O autor registra que sua tese sobre a inconstitucionalidade da reincidência, transformou-se em jurisprudência em várias Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, recebendo, no entanto, severas críticas, citando o autor, em especial, as investidas por Álvaro Souza Cruz, para quem, as decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul, ao adotar a tese sustentada por Streck, acaba transformando o Judiciário em legislador. p. 130).

²⁴⁸ Para tentar manter o caráter descritivo da presente pesquisa, opta-se em utilizar como título deste subcapítulo, a expressão “subelementos”, a considerar a divergência doutrinária brasileira acerca da aplicação da proporcionalidade como princípio ou regra.

²⁴⁹ Na edição espanhola o autor utiliza a expressão “máxima da proporcionalidade”.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 111/112.

‘máximas parciais’. Os autores brasileiros que defendem a proporcionalidade como princípio, subdividem os elementos em subprincípios, já aqueles que sustentam se tratar de regra, subdividem os elementos em sub-regras.²⁵¹

Para Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade “não é uma simples pauta” para analisar a relação meio-fim dos atos estatais, pois apresenta uma ordem pré-estabelecida e racionalmente estruturada, com sub-regras independentes: a análise da adequação, da necessidade, da proporcionalidade em sentido estrito.²⁵²

3.1.2.1 A adequação

Segundo Alexy, o preceito da adequação, ou, a máxima parcial da adequação, exige uma conformação do ato com a finalidade que o teria motivado. É a relação entre o meio empregado e o fim atingido na promoção de um determinado direito.²⁵³

Para Ávila, a proporcionalidade não possui aplicação irrestrita, e, a sua utilização, possui um “caráter trifásico”, pois ficará sempre adstrita a “um meio”, a um “fim concreto”, e uma “relação de causalidade entre este meio e este fim.”²⁵⁴

Adotando a definição de proporcionalidade como princípio, Suzana Barros nomina este primeiro subelemento da proporcionalidade como princípio da adequação ou da idoneidade. Para a autora, a aplicação deste subprincípio pressupõe uma pergunta diretamente relacionada ao meio e ao fim pretendido: “o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?” Na adequação, o que deve ser avaliado será o grau de eficácia dos meios que possam ser considerados aptos a alcançar o fim desejado.²⁵⁵

²⁵¹ Os autores Gilmar Mendes e Suzana de Toledo Barros se filiam a corrente que entende a proporcionalidade como princípio. Luís Virgílio Afonso da Silva e Walter Claudius Rothenburg adotam a definição de regra.

²⁵² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, p. 30.

²⁵³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 111/112.

²⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos**, 2006, p. 149.

²⁵⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritas de direitos fundamentais**, p. 78.

3.1.2.2 A necessidade

Cademartori se refere a este subelemento como o “grau necessário” a ser empreendido na escolha de um, dentre vários instrumentos possíveis, optando-se por aquele que produza consequências menos gravosas.²⁵⁶ Isto quer dizer que, se a medida restritiva for indispensável para a defesa de um direito fundamental, deve-se optar por aquela que apresente a menor restrição possível.²⁵⁷

Segundo Alexy, o meio, ou seja, a norma a ser aplicada justifica-se como necessária, caso o objetivo perseguido não possa ser atingido de outra maneira que afete menos o indivíduo.²⁵⁸ Trata-se na visão de Steck, do emprego da norma sempre mais benéfica ao destinatário.²⁵⁹

3.1.2.3 A proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade possui uma representação mental que corresponde a idéia de equilíbrio, de uma relação harmônica entre duas grandezas. No entanto, conforme registra Suzana Barros, o instituto jurídico proporcionalidade, tem um sentido muito mais amplo, pois envolve “a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. Para a autora, esta observação é uma das justificadoras para a necessidade de se distinguir a proporcionalidade em sentido estrito da proporcionalidade tomada em sentido lato.²⁶⁰

Ávila posiciona a proporcionalidade em sentido estrito, como a indispensável comparação entre o grau de intensidade da restrição ao direito fundamental preterido, e a importância da realização do fim alcançado.²⁶¹ Sobre esta questão, concernente a avaliação da restrição do direito fundamental por conta do

²⁵⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**, p.117/121.

²⁵⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da leis restritas de direitos fundamentais**, p. 81.

²⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 112/113.

²⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 182/183.

²⁶⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da leis restritas de direitos fundamentais**, p. 75.

²⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos**, 2006, p. 160.

teste da proporcionalidade, cabe análise ao pensamento defendido por Afonso da Silva:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao bem fundamental atingido.²⁶²

Percebe-se que para Afonso da Silva, a promoção de um direito fundamental, pode implicar a subtração total de outro direito²⁶³, mesmo se este for um direito fundamental e a restrição atingir, inclusive, seu núcleo essencial. Para o autor, o que interessa avaliar é se “a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia”, foi ou não suficiente para justificá-la, pois, não o sendo, será ela desproporcional.²⁶⁴

Em sentido contrário, Fábio de Oliveira entende pela total proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para defender sua posição, o autor aponta que o núcleo essencial se depreende do Estado Democrático de Direito, do regime dos direitos fundamentais e da cláusula do devido processo legal, além de conter na CRFB/88, uma referência específica de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, prevista no artigo 60, § 4º, inciso IV, que apresenta a seguinte redação:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.²⁶⁵

²⁶² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, p. 40.

²⁶³ Neste mesmo sentido foi citado no subcapítulo 2.4.1 do capítulo 2º, o pensamento de Paulo de Tarso Brandão: “A relação entre os direitos na atualidade, não permite mais se pensar que eles possuam caráter absoluto. Há, pelo contrário, uma evidente relatividade na manifestação dos direitos”. É cada vez mais comum que a um direito corresponda o direito de outrem, como por exemplo a lesão ou ameaça de lesão ambiental, a que se contrapõe o interesse da ordem econômica e social. Em regra, o exercício de um direito faz manifestar, em contraposição, outro interesse ou direito. (BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**, p. 131/132).

²⁶⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, p. 41.

²⁶⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 04/11/2009.

A definição de Afonso da Silva, que permite, através da regra da proporcionalidade em sentido estrito, a adesão total a um direito fundamental em detrimento de outro, atingindo inclusive o núcleo essencial do direito fundamental preterido, desde que se faça com legítima justificativa, está diretamente relacionada com a concepção que o autor tem da proporcionalidade como regra e não como princípio, pois a regra para ser quebrada, exige legitimidade. É neste sentido que ensina Sarlet ao explicar que nos princípios não há pretensão de exclusividade e discute-se balanceamento de valores, “cedendo um deles, sem prejuízo do seu núcleo essencial, em favor do outro”. Já as regras “só funcionam quando podem ser quebradas com legitimidade”.²⁶⁶

3.2 Identidade ou distinção entre o princípio da razoabilidade e a proporcionalidade

A pretensão deste subcapítulo é tentar encontrar nos aportes doutrinários, fundamentos que possam elucidar se o princípio da razoabilidade e a proporcionalidade são ou não institutos sinônimos.

Independente do resultado que eventualmente for encontrado, se isto for possível nesta pesquisa, a doutrina realça que o objetivo comum de ambos os institutos, é de proteger os direitos fundamentais, e, neste sentido, na ótica de Afonso da Silva, toda discussão sobre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, tem a pretensão de “fornecer subsídios para a atividade jurisprudencial, especialmente aquela ocupada com a proteção dos direitos fundamentais”.²⁶⁷

Neste mesmo sentido, Suzana Barros, que entende pela fungibilidade entre a razoabilidade e a proporcionalidade, dedica especial atenção em obra publicada justamente com o seguinte título: “O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos

²⁶⁶ SARTET, Ingo Wolfgang. (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**, p. 97.

²⁶⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, p. 24.

fundamentais”.²⁶⁸ Bonavides registra que “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais.”²⁶⁹

Aliado ao problema central do reconhecimento normativo dos princípios, a proximidade conceitual existente entre razoabilidade e proporcionalidade, parece agravar o desenvolvimento da compreensão destes dois institutos.

Para Suzana Barros, “o princípio da proporcionalidade, originária da construção dogmática dos alemães, corresponde ao princípio da razoabilidade dos norte-americanos.”²⁷⁰

Na concepção de Bandeira de Mello, “o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade.” Sustenta este autor, que a razoabilidade recebe apenas um destaque especial, com objetivo de ter maior visibilidade na identificação de um ato viciado com feição de desproporcionalidade.²⁷¹

Com pensamento similar, Walter Claudius entende que o termo razoabilidade é utilizado freqüentemente com a finalidade de “traduzir essa dimensão prática, concreta e ajustada da proporcionalidade”. Não haveria, no pensar deste autor, “diferença estrutural entre proporcionalidade e razoabilidade”.²⁷² Com entendimento semelhante, escreve Alejandro Arrabal:

Pode-se admitir que, nas ciências humanas, a proporcionalidade aplica-se sob critérios da razão, tendo como pressuposto uma igualdade lógica operada em direitos e valores como a vida, liberdade, educação, saúde, propriedade. Compreende a uma

²⁶⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da leis restritas de direitos fundamentais**, 2003.

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005, p. 395.

²⁷⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, p. 57.

²⁷¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 351.

²⁷² ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. (Coord.). **Princípios processuais civis na Constituição**, p. 314-315.

projeção de equilíbrio e harmonia entre dois elementos ou grandezas.²⁷³

Diferenciando os dois institutos, Santos ensina que:

“a proporcionalidade se referirá a duas grandezas em relação. (...) Sempre existirá uma aparente colisão de direitos. Sua operação comporta a verificação da compatibilidade entre ‘meios e fins’; ao passo que para a constatação da irrazoabilidade bastaria que um determinado ato estatal não fosse razoavelmente justificável no sistema jurídico.”²⁷⁴

Barroso defende que “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, para aferir se eles estão informados pelo valor – justiça,” utilizando-se, para tanto, da configuração - razoabilidade interna (compatibilidade entre meio e fim), e a razoabilidade externa (legitimidade dos fins). Trata-se de um instrumento de proteção de direitos fundamentais, por possibilitar o controle da discricionariedade, concluindo o autor que “a doutrina e a jurisprudência na Europa e no Brasil, costumam conceituar razoabilidade e proporcionalidade numa relação de fungibilidade”.²⁷⁵

Para Afonso da Silva, que defende a razoabilidade como regra e não como princípio, a configuração da razoabilidade exposta por Barroso, que condiciona sua aplicação à identificação da razoabilidade interna (compatibilidade entre meio e fim), e a razoabilidade externa (legitimidade dos fins), deixa nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade, pois, “desenvolvida pela jurisprudência alemã” esta tem uma estrutura racionalmente pré-definida através da análise de três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), enquanto que a primeira (razoabilidade) trata-se de uma análise de compatibilidade entre meios e fins. Para o autor, a proporcionalidade “não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise de meio-fim.” Esta estrutura racionalmente pré-definida da proporcionalidade através de suas três sub-regras, demonstra que o teste de

²⁷³ ARRABAL, Alejandro Knaesel. O princípio da proporcionalidade na tutela do direito autoral de programas de computador. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Coord). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais: contribuições ao debate**, p. 183.

²⁷⁴ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 129.

²⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**, 2004, p. 224.

aferição da razoabilidade é bem menos intenso do que os testes da regra da proporcionalidade.²⁷⁶

Continuando com os ensinamentos de Afonso da Silva, além desta diferença de estrutura, a origem diversa é também um marco da distinção entre os dois institutos, já que a proporcionalidade é construção do direito alemão e a razoabilidade tem raízes no direito norte-americano. Para reforçar sua tese acerca da diferença entre os institutos, o autor registra que a regra da proporcionalidade passou a ser estudada na Inglaterra (país anglo-saxão), somente a partir de 1998, com a adoção do *Human Rights Act*. Relata ainda, que na Corte Européia de Direitos Humanos encontra-se decisões que consideram desproporcional determinada medida, mesmo admitindo o preenchimento da razoabilidade.²⁷⁷

Guerra Filho também defende a distinção entre os dois institutos a partir da origem, sendo a proporcionalidade criação da cultura germânica e a razoabilidade da anglo-saxônica.²⁷⁸

Fábio de Oliveira distingue os institutos em função da acepção gramatical: razoabilidade (razão), com uma abrangência maior do que proporcionalidade (proporção), já que “a razoabilidade tem um espectro normativo que vai além da relação entre motivo, meio e fim”. A “razoabilidade abarca a proporcionalidade, mas nela não se esgota”. Ainda que entenda pela diferença entre as acepções ‘razão’ e ‘proporção’, o autor advoga a idéia de fungibilidade entre os institutos ao aduzir que “o princípio da razoabilidade pode ser discriminado em subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade”.²⁷⁹ Sobre a distinção dos institutos razoabilidade e proporcionalidade, em função das acepções gramatical – razão e proporção, defendidas por Fábio de Oliveira, o autor Ávila se

²⁷⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, p. 30/32/33/45.

²⁷⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, p. 29.

²⁷⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25/26.

²⁷⁹ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 97.

posiciona aduzindo que “o postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações”.²⁸⁰

Afonso da Silva, na tentativa de convencer o equívoco daqueles que consideram a proporcionalidade sinônimo de razoabilidade, cita um exemplo com apelo didático, apontando as diferenças entre os termos razoável e proporcional:

(...) se um pai proíbe a seu filho que jogue futebol durante um ano, apenas porque este, acidentalmente, quebrara a vidraça do vizinho com uma bola, é de se esperar que o castigo seja classificado pelo filho – ou até mesmo pelo vizinho ou por qualquer outra pessoa – como desproporcional. Poder-se-á dizer também que o pai não foi razoável ao prescrever o castigo. O mesmo raciocínio pode também valer no âmbito jurídico, desde que ambos os termos sejam empregados no sentido laico. Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos serão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções diversas.”²⁸¹

Manifestando também discórdia sobre a existência de uma fungibilidade entre os dois institutos, Cademartori registra que a proporcionalidade é um princípio complementar da razoabilidade, mas esta conectividade complementar alcança também princípios como o da igualdade, da motivação e da impessoalidade. O autor registra existir semelhança no propósito de ambos os institutos, estabelecendo que tanto a razoabilidade como a proporcionalidade, seriam “padrões limitadores e de modulação das liberdades individuais e direitos coletivos ou ainda os difusos, enfim, os direitos fundamentais em toda a sua diversidade.”²⁸²

Nesta mesma posição, contrariando os que reconhecem a fungibilidade entre os dois institutos, Guerra Filho defende o princípio da razoabilidade como uma função negativa, caracterizando sua desobediência como

²⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos**, 2006, p. 149.

²⁸¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, p. 28.

²⁸² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 120.

algo juridicamente inaceitável,²⁸³ enquanto que o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva, ocupando-se da tarefa de demarcar os limites que evitariam o irrazoável.²⁸⁴

3.3 O princípio da razoabilidade no controle jurisdicional da discricionariedade

Dos registros encontrados, pode-se estabelecer como pacífico na doutrina, o reconhecimento do princípio da razoabilidade como meio de controlar a atividade discricionária, e como parâmetro de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

Ao tratar dos direitos fundamentais, Bonavides pondera a existência de uma relação entre estes direitos, fundamentais, e o papel do constitucionalismo que deve exercer uma efetiva “ordem material”.²⁸⁵

Fábio de Oliveira registra que o razoável sustenta critérios materiais e não apenas processuais. Assim, o princípio da razoabilidade tem um caráter misto de natureza formal e material, que “não são contraditórias, mas antes complementares”.²⁸⁶

O “embaraço”, segundo Fábio de Oliveira, “é saber onde há discricionariedade e onde há arbitrariedade”, pois, não raro, o juízo discricionário tem servido para ações que afrontam o sistema jurídico, sob o argumento da proibição do judiciário de controlar o mérito do ato administrativo.²⁸⁷ Na definição do autor, “o princípio da razoabilidade redefine o conceito de discricionariedade, limitando-o, estreitando-o, condicionando-o”. A discricionariedade jurídica pode ser

²⁸³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 283.

²⁸⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.). **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**, p. 25/26.

²⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 2005 p. 601.

²⁸⁶ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 187.

²⁸⁷ Neste sentido defende parte da doutrina administrativista, como Maria Sylvia Zanella de Pietro: “não se pode negar a veracidade da afirmação de que ao Judiciário é vedado controlar o mérito, o aspecto político do ato administrativo, que abrange, sinteticamente, os aspectos de oportunidade e conveniência”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 91).

entendida, de forma genérica, como juízo de ponderação conformado por princípios ou regras de direito, capaz de eleger, um ato dentre dois ou mais razoáveis.²⁸⁸

Streck trata do problema da discricionariedade qualificando-a de “discricionariedade positivista”, e, posicionando-a como uma questão “incompatível com a era dos princípios.”²⁸⁹

Sobre a possibilidade do controle jurisdicional alcançar o mérito do ato discricionário, encontra-se registro de progresso nas palavras de Caio Tácito:

Baseado na isenção jurisdicional quanto ao mérito do ato administrativo, a nossa jurisprudência conteve-se, por muito tempo, na verificação da legalidade extrínseca, entendendo inacessível ao conhecimento judicial a matéria de fato em que louvasse a ação administrativa.

Prossegue o autor asseverando que este avanço se deve a mudança de entendimento no sentido de que, mesmo nos casos em que a motivação não é legalmente obrigatória, “cabe ao juiz examinar os fatos invocados pela administração, a fim de controlar o excesso de poder que macule a legalidade do ato.”²⁹⁰

Neste caminho, é discussão exigida quando se analisa o papel e a dimensão do controle jurisdicional, questão referente a separação dos poderes. Sobre o assunto Fábio de Oliveira registra que a razoabilidade não é simplesmente uma idéia, mas sim uma norma, e o princípio da supremacia da CRFB/88 não aceita o “achismo” na interpretação da razoabilidade, logo, sua aplicação não conduz ao desrespeito do princípio da separação dos poderes, acentuando o autor, que, ao contrário, a razoabilidade fortalece o equilíbrio entre os três poderes, mediante uma decisão jurisdicional que deve estar em consonância com a “lógica da Constituição”, asseverando o autor que:

²⁸⁸ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 130-134.

²⁸⁹ STRECK, Lênio Luiz. Concreção de direitos e interpretação da Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**, p. 300.

²⁹⁰ TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, p. 331/336.

Quando o juiz declara a irrazoabilidade de uma lei ou de um ato administrativo, ele não substitui a vontade do legislador ou do administrador pela sua. O que o magistrado faz é invalidar, nulificar, desconstituir. Não existe substituição, mas invalidação. (...) o pronunciamento do judiciário que infringe a razoabilidade é nulo.²⁹¹

Defendendo a mesma posição de conformidade material da CRFB/88, Afonso da Silva em estudo sobre interpretação constitucional, relata que o STF, ainda que não tenha se posicionado de forma explícita, não atua na ordem material, limitando-se aquele Tribunal a atuar na idéia de conformidade funcional. Para o autor, esta posição de separação de poderes²⁹², assumida de forma implícita pelo STF, sob o argumento de que “o Judiciário pode somente ser legislador negativo, nunca positivo”, é o motivo justificador da omissão do STF em casos de grande relevância política.²⁹³

3.4 O princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF

Considerando o caráter descritivo desta pesquisa, é preciso ficar explícito, que a análise das posições manifestadas pelo STF na interpretação e aplicação da razoabilidade, efetuadas a partir de aportes doutrinários sobre a questão e alguns acórdãos proferidos pela Corte Suprema, a quem compete a guarda da Constituição,²⁹⁴ não tem o propósito, ou melhor dizendo, não pode ter a pretensão de avaliar se o STF, ou cada um de seus ministros, interpretam e aplicam de forma correta ou incorreta o princípio da razoabilidade, bem como, se o STF, ou cada um de seus ministros confunde ou não os institutos da razoabilidade e proporcionalidade. O objetivo desta parte da pesquisa ficará adstrito tão somente a transcrever e analisar o tratamento que o STF tem dado ao tema. Por esta razão,

²⁹¹ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 248/272.

²⁹² É preciso lembrar que toda lesão ou ameaça de lesão a direito tem a garantia constitucional de apreciação pelo Poder Judiciário, conforme inserto na CRFB/88, inciso XXXV de seu art. 5º.

²⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. In: SILVA, Virgílio da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129.

²⁹⁴ CRFB/88: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, (...)” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 02/11/2009.

buscar-se-á registros na doutrina e no próprio STF,²⁹⁵ tanto daqueles que defendem uma relação de fungibilidade entre os dois institutos, como também por parte dos que não consideram sinônimas as categorias razoabilidade e proporcionalidade.

Em relato sobre o papel da jurisprudência no ordenamento jurídico, Montoro se posiciona aduzindo que tanto a jurisprudência como a lei, “traça uma norma jurídica geral e obrigatória”, no entanto, a distinção da jurisprudência está na sua maior flexibilidade e maleabilidade”.²⁹⁶

Na visão de Costa, a versatilidade do termo razoabilidade facilita seu uso por parte do STF, que costumeiramente o associa as categorias genéricas e abstratas do bom senso e da prudência. Ao selecionarmos como uma das etapas desta pesquisa, a análise sobre a aplicação da razoabilidade no STF, cabe colacionar-se na forma de citação direta o alerta do autor:

(...) a grande tentação de quem trabalha com o princípio da razoabilidade é identificar uma aplicação desse princípio a cada vez que a jurisprudência utiliza o termo razoabilidade. Todavia, ao ceder a essa tentação, terminamos por identificar o controle de razoabilidade como uma exigência genérica e abstrata de prudência e bom senso. Com isso, corre-se o risco de diluir a idéia do controle a um ponto tal que a exigência de razoabilidade passaria a ser entendida como uma exigência de justiça, o que tenderia a desnaturar o conceito.²⁹⁷

Numa posição semelhante, porém, mais crítica, Afonso da Silva informa que a jurisprudência do STF ‘pouco ou nada’ tem colaborado com a discussão, provocando apenas solidez na idéia de que proporcionalidade e

²⁹⁵ Uma considerável quantidade de debates e estudos já foi produzido sobre a interpretação e aplicação da razoabilidade por parte do STF, dentre eles cita-se os autores: BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, 23ª ed (1998). - BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da leis restritas de direitos fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. - CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**. 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2006. - MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**: Salvador, vol. 1, nº 5, agosto de 2001. - SILVA, Luís Vergílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 919, Abril de 2002.

²⁹⁶ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25ª ed. São Paulo, Editora RT, 1999. p. 353.

²⁹⁷ COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 47/48.

razoabilidade são sinônimos. Acrescenta o autor, que “o STF tem por hábito apenas citar por vezes um ou outro princípio, mas sem a devida demonstração racional dos motivos que ensejaram a aplicação dos princípios proporcionalidade ou razoabilidade”.²⁹⁸

Sobre a tese defendida por Afonso da Silva, quanto a necessária demonstração dos motivos ou das razões de decidir, principalmente quando se busca justificativa em um princípio, lembra-se que não é preciso nem mesmo levantar o princípio constitucional explícito da motivação das decisões, pois, em tempo muito remoto esta exigência básica já era ensinada por Aristóteles, que em sua obra ‘A Política’, alertava que tanto nas “artes como nas ciências, é preciso apontar magistralmente ao alvo e aos meios que a ele conduzem”.²⁹⁹ Streck numa posição substancialista, eleva o Estado Democrático de Direito como instituto competente para exigir fundamentação detalhada de qualquer decisão administrativa ou judicial.³⁰⁰

3.4.2 Os primeiros registros do princípio da razoabilidade no STF

Para trazer alguns antecedentes históricos sobre a aplicação da razoabilidade no STF, inicia-se pelos ensinamentos de Suzana Barros e Ferreira Mendes, que adotam a existência de fungibilidade entre a razoabilidade e a proporcionalidade. Ambos autores anotam que o primeiro registro do STF sobre proporcionalidade, ou, razoabilidade, teria ocorrido no ano de 1951³⁰¹, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 18.331, de relatoria do ministro Orozimbo Nonato, que, em voto sobre questão que tratava de assuntos relacionados com a proteção do direito de propriedade e a limitação do poder de tributar, assim decidiu:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele que somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho,

²⁹⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, p. 31.

²⁹⁹ ARISTÓTELES. **A Política**. p. 105.

³⁰⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 189.

³⁰¹ Os autores registram que a decisão foi proferida no ano de 1953, no entanto, pesquisando no portal da internet do STF para conhecer o inteiro teor do acórdão, verificou-se que a decisão é datada de 21/09/1951. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=119904&idDocumento=&codigoClasse=437&numero=18331&siglaRecurso=&classe=RE>. Acessado em 24/10/2009.

comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, (...) ³⁰²

Outro registro histórico do STF, trazido por Suzana Barros e Ferreira Mendes, se refere a declaração de inconstitucionalidade de norma constante da Lei de Segurança Nacional, que impedia o acusado de prática de crime contra a Segurança Nacional, desempenhar qualquer atividade profissional ou privada, conforme previsão do artigo 48 do Decreto-Lei 314, de 1967. O STF, através do Habeas Corpus nº 45.232, de 1968, de relatoria do ministro Themístocles Cavalcanti, reconheceu que a restrição revelava-se desproporcional, qualificando-a como “exorbitância dos efeitos da condenação”. Para o STF, a inconstitucionalidade da norma justificou-se por manifesta afronta ao direito a vida.

Na visão dos citados autores, num exame mais acurado, com a utilização dos recursos da moderna doutrina constitucional, haveria de se constatar que o STF, em ambas as decisões, aplicou a idéia de razoabilidade ou proporcionalidade. Acrescenta Ferreira Mendes, que o STF aplicou “a idéia de proporcionalidade de restrição como princípio constitucional”, se valendo da “cláusula genérica de remissão contida no art. 150 § 35, da Constituição de 1967”. ³⁰³

Fábio de Oliveira e Barroso citam no contexto histórico, decisão do STF, que, na visão dos autores, demonstra a aversão do Supremo Tribunal Federal ao controle jurisdicional da discricionariedade. Trata-se de acórdão proferido por unanimidade, de relatoria do ministro Adauto Cardoso, em Recurso Extraordinário nº 70.278, julgado em 13/11/1970, que na ementa assim restou consignado:

³⁰² STF. Recurso Extraordinário nº 18.331/1951. Ementa disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=119904&idDocumento=&codigoClasse=437&numero=18331&siglaRecurso=&classe=RE>. Acessado em 24/10/2009.

³⁰³ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da leis restritas de direitos fundamentais**, p. 16. - MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**: Salvador, vol. 1, nº 5, agosto de 2001, p. 4/5. (O citado dispositivo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 estabelecia o seguinte: "CAPÍTULO IV - Dos Direitos e Garantias Individuais - Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acessado em 02/11/2009).

Harmonia dos Poderes, Art. 6º da Emenda Constitucional nº 1. A decisão recorrida invadiu área de estrita competência da Administração Pública ao mandar reabrir e equipar uma enfermaria do hospital fechada por conveniência do serviço público. Inadmissibilidade da apreciação do mérito de tal providência pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido.³⁰⁴

O processo tratava de discussão sobre a decisão administrativa de fechamento da Enfermaria do Hospital São Francisco de Assis, no Rio de Janeiro, antigo Estado da Guanabara, em 1949. O chefe da enfermaria que trabalhou no hospital desde 1929, foi afastado do serviço, e, inconformado, ingressou na justiça pedindo a sua reintegração e a reabertura da unidade hospitalar. O tribunal de segundo grau julgou procedente o pedido, determinando a reabertura da enfermaria e assegurando ao servidor Paulo Valadão Gomes Brandão o direito de reingressar ao serviço. A União recorreu ao STF, sustentando que a decisão do Tribunal de segunda instância desrespeitava o princípio da separação de poderes, argumentando também em defesa da discricionariedade administrativa da decisão.

O STF deu provimento ao recurso da União, reconhecendo pela impossibilidade do Poder Judiciário apreciar o mérito do ato considerado discricionário. Para Barroso, a presente decisão demonstra um “apego excessivo” ao dogma da separação dos poderes, fato que explica a trajetória “acanhada” do princípio da razoabilidade.³⁰⁵

3.4.2 O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea do STF

Segundo encontra-se nos estudos de Suzana Barros, foi somente no ano de 1993 que o STF citou de forma expressa os institutos proporcionalidade e razoabilidade, através de decisão liminar proferida em processo cautelar de ação direta de inconstitucionalidade, concedida pelo ministro Sepúlveda Pertence, quando foi suspenso os efeitos da Lei paranaense nº 10.248, de

³⁰⁴ Decisão conferida no portal da internet do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=166186&idDocumento=&codigoClasse=437&numero=70278&siglaRecurso=&classe=RE>. Acessado em 30/10/2009.

³⁰⁵ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**, p. 221/222. - BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004, p. 233.

14/01/1993, transcrevendo-se abaixo parte da decisão constante nos autos da ADIn - Medida Cautelar 855, de 1º/07/1993:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: (...) suspensão cautelar da lei impugnada, (...).

Para defender a fungibilidade entre os dois institutos (razoabilidade e proporcionalidade), Suzana Barros registra que na citada decisão, o STF “mesmo aludindo o termo proporcionalidade, não deixou de fazer referência a razoabilidade, deixando assente a possibilidade de utilização de ambas as expressões.”³⁰⁶

Em pesquisa junto ao portal da internet do STF, constatou-se que o mérito da ação principal apensada a medida cautelar foi recentemente julgado, sendo o acórdão assinado em 06/03/2008, com publicação na data de 27/03/2009. Neste sentido, considerando a contemporaneidade da decisão de mérito da ação principal, que, segundo os registros de Suzana Barros, a decisão liminar proferida no processo cautelar no ano de 1993 foi a primeira aparição explícita da razoabilidade, entende-se oportuno analisar o acórdão da decisão de mérito proferida no processo principal.

Para o julgamento da ADIN 855/93 (ação principal), o processo foi distribuído ao ministro Octavio Gallotti, que na sessão do dia 18/10/2000 apresentou o relatório e proferiu voto favorável a procedência da ação, declarando a inconstitucionalidade da lei paranaense, confirmando a medida liminar proferida na ação cautelar, manifestando-se o ministro relator que “não se situa a hipótese dos autos no campo propício ao delicado exercício de aferição da razoabilidade ou proporcionalidade da lei impugnada”. A razão do voto do ministro-relator para votar pela inconstitucionalidade da lei, foi arregimentada na invasão pelo

³⁰⁶ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da leis restritas de direitos fundamentais**, p. 75/76.

Estado da competência privativa da União para legislar sobre energia, art. 22, IV, da CRFB/88.³⁰⁷

O ministro Marco Aurélio votou pela improcedência da ação, reconhecendo a constitucionalidade da lei paranaense, por entender que não se tratava de vício formal no tocante a competência privativa da União para legislar sobre energia, justificando que “na aquisição de gás, não se adquire em si o bujão, mas o peso da quantidade de gás que nele se contém”. Neste sentido, assentou que a lei tinha por objetivo defender o consumidor, e que “a experiência deveria prosseguir”, pois, a competência legislativa da União para tratar de assuntos de energia, não poderia ser óbice para edição de legislação específica para proteger o consumidor. Ao analisar o texto da lei e identificar a inexistência de inconstitucionalidade, o ministro consignou que apreciaria o caso sob o ângulo da razoabilidade. O ministro Moreira Alves também votou pela improcedência da ação, e todos os demais ministros pela procedência. O ministro Sepúlveda Pertence pediu vista dos autos, renovando o pedido em 28/04/2004.

Em 06/03/2008 o processo foi pautado para conclusão do julgamento. Com a aposentadoria do ministro relator Octavio Gallotti³⁰⁸, foi sorteado como redator o Ministro Gilmar Mendes. Por maioria de votos a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada procedente, com votos vencidos dos ministros Marco Aurélio, Celso de Melo, e Menezes Direito³⁰⁹, restando assim ementado o acórdão:

³⁰⁷ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 04/11/2009.

³⁰⁸ Octavio Gallotti atingiu a idade limite para permanência na atividade, em 27 de outubro de 2000, sendo aposentado a partir do dia 28 seguinte por decreto de 31 de outubro de 2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/presidente.asp?periodo=stf&id=23>. Acessado em 02/11/2009.

³⁰⁹ Decisão: Prosseguindo no julgamento, o STF, por maioria, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Menezes Direito. Redigira o acórdão o ministro Gilmar Mendes. Não participaram da votação as ministras Ellen Gracie (Presidente) e Cármen Lúcia e os ministros Eros Grau e Carlos Britto, por sucederem, respectivamente, aos ministros Octavio Gallotti, Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, que proferiram voto em assentada anterior. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 06.03.2008. Extraída decisão e ementa do portal da internet do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1561243>. Acessado em 30/10/2009.

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente.

Durante o julgamento ocorreu um debate sobre proporcionalidade, por parte de alguns ministros, em especial entre Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau³¹⁰. A decisão liminar do processo cautelar proferida em 1993, e a decisão de mérito do processo principal proferida no ano de 2008, citaram de forma explícita o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, no entanto, o debate entre os dois ministros girou em torno somente da proporcionalidade. A questão de fundo do caso analisado pelo STF, se referia a inadequação da lei em exigir a pesagem do botijão de gás na presença do consumidor, pois isto poderia inviabilizar a venda a domicílio, por entender alguns ministros, com base em parecer do INMETRO, o qual alertava sobre a dificuldade de se manter uma balança com precisão a bordo de um caminhão de entrega de gás, concluindo alguns ministros que tal exigência poderia também inviabilizar economicamente a venda a domicílio.

Gilmar Ferreira Mendes, redator do processo, ao iniciar seu voto manifestou que no julgamento da ação cautelar foi discutida a ruptura do princípio da proporcionalidade.”

Eros Grau indagou:

Em proporcionalidade? O meu temor é com relação ao princípio da proporcionalidade, porque isso significa que estamos julgando o legislador, estamos a ele imputando um desvio de processo legislativo. Nós temos competência para apreciar a constitucionalidade da lei, não se ela é boa ou má. É independentemente de ser boa ou má, se viola a Constituição, a única maneira de investir contra ela seria nós nos candidatarmos e

³¹⁰ Eros Roberto Grau participou do julgamento, no entanto, não votou por suceder ao ministro Mauricio Corrêa, que já havia votado pela procedência da ação na sessão de 18/02/2000.

participarmos do Poder Legislativo. O Poder Judiciário não pode praticar aquilo que Canotilho chama de “desvio de Poder Legislativo.” É uma pena que eu não vote.

O ministro Carlos Britto argumentou que se tratava de “juízo de ponderação”, mas Eros Grau rebateu dizendo “que isto não está escrito na Constituição, perdoe-me”. Ao proferir seu voto, o ministro Gilmar Ferreira Mendes esclareceu que por ocasião da decisão liminar proferida no processo cautelar, o STF assentou pela inadequação da medida e ainda colocou em dúvida a sua necessidade. Citou também o ministro, que o papel do STF naquele caso, seria o de verificar se a lei não esvaziaria o conteúdo dos direitos fundamentais, e, “neste sentido temos de examinar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito”. Percebe-se que Gilmar Mendes em nenhum momento discorre sobre a razoabilidade.

Em manifestação aos argumentos de Gilmar Ferreira Mendes, Eros Grau pondera que:

Nós não estamos julgando segundo a proporcionalidade, mas eventualmente dizendo que, por não ser proporcional em relação a liberdade, à afirmação da igualdade, por exemplo, julgamos inconstitucional. Mas a inconstitucionalidade está referida não à proporcionalidade ou à razoabilidade, porém a direito fundamental violado pelo texto.

Eros Grau finaliza demonstrando sua efetiva preocupação com o tema, asseverando que é um absurdo, uma “barbaridade”, nas palavras do ministro, o volume de livros escritos sobre o princípio da proporcionalidade. “Chega-se verdadeiramente à conclusão de que esta Corte pode fazer o que bem entender a pretexto da proporcionalidade.” Para o ministro, se não houver preceito constitucional violado, o STF não tem autorização para afirmar o conflito da norma com a CRFB/88. Diante dos argumentos de Grau, o ministro Cezar Peluso concluiu que a lei paranaense violava a “liberdade de exercício profissional”. Eros Grau concordou e asseverou que é preciso “dar nome às coisas”, e não se falar por “reducionismo sem cabimento. (...) não é a proporcionalidade, é a liberdade.”

A posição tomada pelos ministros que acolheram pela procedência da ação, pode ser resumida no voto do ministro Cezar Peluso, que concluiu ser louvável a lei paranaense ao buscar a proteção do consumidor, no entanto, no caso concreto, a medida não era adequada para o fim que ela pretendia promover.

Em relação aos ministros que se posicionaram pela improcedência da ação, e formaram os votos vencidos³¹¹, colhe-se resumo do voto do ministro Menezes Direito, que ponderou pela necessidade de se considerar os inúmeros casos de fraudes registrados contra os consumidores no Estado do Paraná, especificamente na comercialização a domicílio do gás liquefeito de petróleo.³¹² Neste sentido, analisando o caso concreto, diante dos registros de fraudes contra os consumidores daquele Estado, seria de concluir-se que o princípio da proporcionalidade alcançaria a lei estadual, pois, o objetivo da norma foi estabelecer, no âmbito de sua competência, um critério para o fornecimento do produto, com o objetivo de proteger, especificamente, o consumidor daquele Estado.³¹³

Streck também cita uma decisão do STF, na qual entende que a Corte Suprema teria aplicado o princípio da razoabilidade. O autor se refere a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1158-8/AM, de 19/12/1994, “em que se anulou legislação estadual que concedia gratificação de férias aos servidores inativos”. Respondendo crítica do doutrinador Alvaro Souza Cruz, o autor aplaude a

³¹¹ Foram votos vencidos os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Menezes Direito. / Acórdão com os votos dos ministros extraído do portal da internet do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1561243>. Acessado em 30/10/2009.

³¹² Os ministros com votos vencidos, que votaram pela improcedência da ação defenderam que não havia venda de “botijões de gás”, mas tão somente do “gás liquefeito de petróleo”, já que o consumidor sempre fazia a reposição do recipiente-botijão. Neste sentido defenderam o dever do comerciante em comprovar ao consumidor a quantidade do produto vendido. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1561243>. Acessado em 30/10/2009.

³¹³ Sobre a posição dos ministros Marco Aurélio, Celso de Melo e Menezes Direito, sustentaram a constitucionalidade da lei estadual, como forma de combater as fraudes do setor de venda de gás liquefeito que ocorria naquele Estado, partindo os ministros em defesa do consumidor paranaense, atentando-se ao caso concreto. Cabe o registro neste aspecto, dos ensinamentos de Umberto Ávila: “a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige relação das normas gerais com as individuais do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, que indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos**, 2006, p. 139.)

decisão do STF, defendendo que o princípio explícito da moralidade administrativa não poderia pactuar com a concessão de gratificação de férias aos servidores inativos, sob a justificativa de quebra do princípio explícito da isonomia.³¹⁴

Cademartori ao analisar a jurisprudência de alguns tribunais brasileiros, cita decisões do STF que entende tenha a Suprema Corte utilizado de forma expressa, como razão de decidir, o princípio da razoabilidade:

Princípio da razoabilidade. Interpretação de normas legais. Representação pelo Estado. Dispensa da comprovação da qualidade de procurador. O princípio da razoabilidade a direcionar no sentido da presunção do que normalmente ocorre, afasta a exigência, como ônus processual, da prova da qualidade de procurador de Estado por quem assim se apresenta e subscreve o ato processual. O mandato é legal e decorre do disposto nos arts. 12 e 132, respectivamente do Código de Processo Civil e da Constituição. (Recurso Extraordinário – 192553/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, J. em: 15.12.98 – Segunda Turma; D. de 16.04.99).³¹⁵

Em análise ao acórdão desta decisão citada por Cademartori, constatou-se a unanimidade do julgado nos termos do voto do ministro relator, que, para aplicar o princípio da razoabilidade, entendeu ser “extremado” o entendimento de exigir-se de procurador estadual, a juntada aos autos do instrumento de nomeação ao cargo, preterindo-se, ou, nas palavras do ministro, “colocando-se em segundo plano” o que normalmente ocorre, como no caso concreto, onde o servidor apresentou nos autos peça processual em papel timbrado do Estado, e aportou sua assinatura com indicação do número da OAB e do cargo - “procurador do Estado”.³¹⁶

Em outra decisão selecionada por Cademartori, o STF analisou questão da matéria tributária:

ICMS. Base de cálculo. Deflação. Surge harmônico com o sistema tributário nacional decisão no sentido de o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ser calculado considerando o valor do negócio jurídico decorrente da deflação. Tomar-se como base o

³¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, p. 124.

³¹⁵ Decisão citada por: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 125.

³¹⁶ Voto do ministro Marco Aurélio extraído do portal da internet do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=232831&idDocumento=&codigoClasse=437&numero=192553&siglaRecurso=&classe=RE>. Acessado em 02/11/2009.

valor primitivo implica menosprezo aos princípios da realidade e da razoabilidade, alcançando a Fazenda do Estado verdadeira vantagem sem causa. (Ag. de Inst. Ou de Petição – 203186/SP; Rel. Min. Marco Aurélio: julgamento em 17/04/98; D.J. de 12.06.98).³¹⁷

Em análise ao acórdão desta decisão citada por Cademartori, constatou-se a unanimidade do julgado nos termos do voto do relator, entendendo os ministros que a deflação não poderia ser afastada do cenário jurídico, uma vez que foi a responsável pela redução do valor do negócio. Posição diferente geraria uma vantagem indevida em favor do fisco estadual. Em sua razão de decidir o julgador citou os princípios da realidade e da razoabilidade, asseverando que ambos os princípios são, “por vezes esquecidos quando da interpretação da Carta Política da República” (CRFB/88).³¹⁸

Outra decisão, extraída através de pesquisa realizada diretamente junto ao portal da internet do STF, proferida mais recentemente, em 25/03/2009, e que também apresenta como razão de decidir a razoabilidade e a proporcionalidade, encontra-se no julgado do Recurso Extraordinário nº 573.675, originário de Santa Catarina, tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski, cujo objeto da ação apreciava a (in)constitucionalidade de lei editada pelo Município de São José/SC, referente cobrança da COSIP, contribuição sobre iluminação pública. O autor da ação e promovente do recurso extraordinário, foi o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, sob alegação de que a Lei Municipal estaria violando o princípio da isonomia, pelo fato ter incluído no rol de contribuintes somente aqueles que são consumidores de energia elétrica, deixando de fora da cobrança todos aqueles que irão se beneficiar com a iluminação pública. Por maioria de votos, com voto vencido do ministro Marco Aurélio³¹⁹, foi negado

³¹⁷ Decisão citada por: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariiedade administrativa no estado constitucional de direito**, p. 126.

³¹⁸ Voto do ministro Marco Aurélio extraído do portal da internet do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=284524&idDocumento=&codigoClasse=510&numero=203186&siglaRecurso=AgR&classe=AI>. Acessado em 02/11/2009.

³¹⁹ Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu e desproveu o recurso extraordinário, vencido o ministro Marco Aurélio, que conhecia e o provia, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da norma. Votou o Presidente, ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a ministra Ellen Gracie. Falou pelo interessado o Dr. Eduardo Augusto Vieira de Carvalho, Procurador do Município. Plenário, 25.03.2009. Decisão e ementa extraídas do portal da internet do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2582137>). Acessado em 02/11/2009.

provimento ao Recurso Extraordinário, reconhecendo o STF a constitucionalidade da lei municipal, restando assim ementado o acórdão:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II – A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III – Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. IV – Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. V – Recurso extraordinário conhecido e improvido.³²⁰

Analisando a doutrina tributária para entender a juridicidade da espécie tributo – contribuição, utilizada pelo município catarinense para custear a iluminação pública, bem como a doutrina sobre a isonomia tributária, o ministro relator conclui que:

(...) respeitados os demais princípios (isonomia e capacidade contributiva) e os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, nada há de inconstitucional em identificar os sujeitos passivos da obrigação tributária em função de seu consumo de energia elétrica.

Apesar da ementa do acórdão citar os termos - “princípios da razoabilidade e proporcionalidade”, note-se que o ministro relator deixa explícito que

³²⁰ STF. Recurso Extraordinário nº 573.675/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=284524&idDocumento=&codigoClasse=510&numero=203186&siglaRecurso=AgR&classe=AI>. Acessado em 02/11/2009.

os princípios constitucionais em discussão são o da isonomia e o da capacidade contributiva, e, ao se referir a razoabilidade e proporcionalidade, cita os dois institutos como critérios.³²¹ Considerando o embate do ministro Eros Grau no acórdão da ADIN nº 855/93, acima citada³²², em discussão em que atacava a aplicação da proporcionalidade como princípio constitucional, é de se observar que neste julgado o ministro Grau acompanhou o voto do relator, dispensando qualquer aditamento.

O único voto divergente que julgou pelo provimento do recurso e a conseqüente inconstitucionalidade da lei municipal, foi do ministro Marco Aurélio, que justificou sua posição no real motivo da alteração constitucional que passou a permitiu a cobrança da iluminação pública através de contribuição. Lembrou o ministro que a criação da contribuição ocorreu somente após o STF ter declarado a inconstitucionalidade da espécie tributo – taxa, que era utilizada para cobrar pelo referido serviço. Para o ministro, a alteração do termo, de taxa para contribuição, teve somente a intenção de manter o caixa do erário. Asseverou que, diante do quadro atual, qualquer acréscimo na carga tributária configuraria confisco, “pouco importando a nomenclatura que se dê ao tributo criado ou ao acréscimo de tributo já existente”.³²³ Percebe-se que o ministro Marco Aurélio profere seu voto apreciando de forma direta o mérito do ato estatal em discussão. A posição solitária do ministro Marco Aurélio parece confirmar o alerta de Afonso da Silva ao estabelecer que o STF “segue à risca essa idéia de conformidade funcional”, asseverando o autor que este argumento funcional tem origem germânica:

O topos da conformidade funcional, como estrita obediência à repartição das funções constitucionalmente estabelecidas, tem origem clara como um argumento funcional contra o chamado ativismo judicial. Na Alemanha esse tipo de argumentação sobre os ‘limites jurídico-funcionais’ da interpretação constitucional é quase sempre usado como forma de restringir uma participação mais ativa do Tribunal Constitucional em debates político-jurídicos, sob a

³²¹ Walter Claudius entende que “a proporcionalidade teria o caráter de regra jurídica, não de princípio”, concluindo o autor como mais apropriado designar o termo como simples ‘critério’”. (ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. (Coord.). **Princípios processuais civis na Constituição**, p. 293.)

³²² A ADIN 855/93 foi a primeira decisão citada neste sub-capítulo.

³²³ Acórdão com os votos dos ministros foi extraído do portal da internet do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2582137>. Acessado em 02/11/2009.

alegação de que o campo da política é reservado ao legislador. (...) No Brasil, ainda que não explicitamente, o STF segue à risca essa idéia de conformidade funcional, (...) aliada a uma interpretação anacrônica e estanque da separação dos poderes (...).³²⁴

Dentre os ministros que se destacam pelo esforço na consolidação do princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF, destacam-se os ministros Marco Aurélio e Celso de Melo, sendo que Celso de Melo costuma tratar do assunto estabelecendo que “a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade”.³²⁵ Já Gilmar Mendes, que atualmente é presidente do STF, com formação acadêmica germânica, defende e aplica o princípio da proporcionalidade, reconhecendo a existência de uma relação de fungibilidade com a razoabilidade.

³²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Vergílio da. (Org.). **Interpretação Constitucional**, p. 128/129.

³²⁵ Acórdão com o voto do ministro Celso de Melo extraído do portal da internet do STF, dos autos da medida cautelar de ação direta de inconstitucionalidade, processo nº 2551/2003, publicado no DJU em 20/04/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2582137>. Acessado em 02/11/2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho concentrou-se na intenção de contribuir com a compreensão da controvertida discussão doutrinária e jurisprudencial que envolve a aplicação do princípio da razoabilidade. Através dos aportes doutrinários selecionados ao longo da pesquisa, restou evidente a ausência de unanimidade no entendimento sobre o assunto, fator que aponta a necessidade de se ampliar e aprofundar a discussão sobre o tema.

Por outro lado, inobstante a polêmica que gira em torno do assunto, constatou-se um nítido avanço no caminho do rompimento com o paradigma do positivismo jurídico, alçando os princípios constitucionais como meio eficaz de superação dos limites impostos pelas regras positivistas.

Neste aspecto, no tocante ao princípio constitucional objeto desta pesquisa, dois fatores são determinantes na condução do interprete ao uso dos juízos de ponderação, e por consequência da utilização de princípios como o da razoabilidade. O primeiro se refere ao inegável crescimento da relatividade na manifestação dos direitos, em contraposição a antiga concepção de direito com caráter absoluto. O segundo fator encontra-se na constatação de que é cada vez mais evidente a interferência estatal no cotidiano da sociedade, interferência esta produzida em alguns casos, através de atos arregimentados no Poder Discricionário.

A doutrina define que o princípio da razoabilidade opera como balizador do controle jurisdicional da atividade discricionária estatal, e como parâmetro de interpretação e aplicação da norma ao caso concreto, em atendimento ao fim constitucional. Há, porém, segundo alguns doutrinadores, algumas resistências por boa parte da jurisprudência do STF, que, sob o argumento, ainda que implícito, da separação dos poderes, deixa de avaliar o mérito da pauta de valores que se baseou a autoridade estatal na emissão de decisões assentadas no Poder Discricionário.

Feitas estas primeiras considerações gerais, passa-se a redigir alguns aspectos destacados de cada um dos três capítulos.

1 - No primeiro capítulo, com objetivo de demonstrar, numa visão contextual, alguns aspectos que envolvem a trajetória da busca pela normatividade dos princípios de direito à afirmação constitucional, constatou-se que foi a partir das últimas décadas do século XX, que os princípios gerais de direito foram transformados em princípios constitucionais.

1.1 - A concretização da normatividade dos princípios constitucionais resultou da consolidação da idéia de que o positivismo jurídico, como obra resultante da razão humana, não teria mais como tratar de forma racional os valores do direito.

1.2 - Neste contexto de evolução do constitucionalismo, atacando o “tudo” ou “nada” característico do positivismo, aparecem Dworkin e Alexy, que exercem evidente influência na tese da inevitável apreciação valorativa, defendendo estes autores a inserção de uma dimensão moral no direito. Para Dworkin, diante do caráter restrito e insuficiente das regras, surge os princípios e os argumentos de política, que, interpretados de forma correta, retratam uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça, destinados a descrever direitos e estabelecer um direito individual. Na visão de Alexy, normas são gênero e regras e princípios são espécies, definindo princípios como “normas de otimização”. Para o jurista alemão, todo princípio emana do elemento ponderador da proporcionalidade, com utilização de parâmetros racionais, aplicados, em especial, na resolução de casos difíceis.

2 - No segundo capítulo, com o objetivo de confirmar o estatuto de princípio da razoabilidade, constatou-se inicialmente o risco em se entender o tema a partir da expressão razoável. Citando a categoria razoável, boa parte da doutrina assevera que esta expressão pode ser entendida conforme a razão, racional, moderação, lógica, sensatez, bom senso e senso comum. No entanto, através de alguns aportes doutrinários, verificou-se, por exemplo, que a lógica do racional poderá ser insuficiente para englobar todo o fenômeno jurídico.

Sobre o bom senso relacionado com a expressão razoável, concluiu-se que esta é uma qualidade humana que cada um de nós alega ser bem provido. Sobre a conexão da categoria razoável com o senso comum, encontrou-se o alerta de que o consenso jamais existiu, a considerar que os conflitos foram sempre a tônica da história. Estas reflexões se relacionam com o assunto como forma de se evitar o entendimento equivocado de que razoabilidade seria uma mera exigência genérica e abstrata de prudência, bom senso e justiça.

2.1 - Em seguida, numa abordagem histórica, constatou-se que a razoabilidade tem raízes na garantia do devido processo legal, originário do sistema da *commow law* do direito anglo-saxão. Identificou-se que o primeiro registro da razoabilidade como critério de julgamento, encontra-se na jurisprudência inglesa, no ano de 1905. Outro registro se refere ao caso da *Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corpn*, de 1948, quando o Lord Greene estabeleceu que: “(...) existe irrazoabilidade quando a Administração realiza uma atuação tão absurda que nenhuma pessoa sensível poderia sequer sonhar que ela se acha dentro dos poderes de autoridade.”

2.2 - A razoabilidade está implícita no constitucionalismo brasileiro. Parte da doutrina defende que a razoabilidade, servindo como parâmetro indispensável de ponderação racional no controle de toda e qualquer atividade estatal, deveria ser tratada como máxima do direito, portanto, em grau superior aos princípios. Existe outra corrente que defende a razoabilidade como regra de ponderação reconhecida pelo sistema constitucional. No ordenamento jurídico brasileiro, justificando a importância hierárquica que se deve dar ao tema, boa parte da doutrina e da jurisprudência adota a razoabilidade na forma princípio.

2.3 – A doutrina assume não ser tarefa fácil encontrar uma definição para o tema. Dentre os autores estudados, concluiu-se que o princípio da razoabilidade tem conexão direta com o princípio explícito do devido processo legal, e como mecanismo de operação interpretativa, busca garantir, através do controle jurisdicional, legitimidade aos atos estatais discricionários dos três poderes, com apreciação dos valores inseridos no mérito do ato estatal promovido, num exame de adequação entre meios e fins, com objetivo de servir, primordialmente, de

instrumento de controle constitucional construído historicamente e estreitar o âmbito da discricionariedade com base na pauta prevista pela Constituição, sem que isto resulte em ofensa a separação dos poderes.

2.4 - Verificou-se que parte da doutrina brasileira defende como modelo de controle judicial da razoabilidade, aquele elaborado pelo jurista argentino Humberto Quiroga Lavié, definidos como razoabilidade interna (compatibilidade entre meio e fim), e razoabilidade externa (legitimidade dos fins em conformidade com a Constituição). No entanto, existem posições divergentes defendendo que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não desenvolveu um modelo consistente de controle judicial de razoabilidade.

2.5 - Finalizando o segundo capítulo, constatou-se que a discricionariedade é a liberdade para decidir por uma dentre duas ou mais hipóteses consideradas legais, entendendo-se por hipótese legal, aquela estabelecida dentro dos limites estabelecidos pela CRFB/88. A exigência de que a opção discricionária deve ser constitucionalmente adequada, significa dizer que não poderá a autoridade pública valer-se do poder discricionário para emitir atos arbitrários, nem poderá suprimir uma decisão constitucionalmente mais adequada do que aquela escolhida. É exatamente este controle da discricionariedade que constitui o papel da razoabilidade, que analisará, inclusive, o mérito constitucional envolvido na decisão estatal. Pode-se dizer que esta liberdade de opção fica condicionada a descoberta da melhor resposta possível dentro do contexto constitucional e adequada ao caso concreto.

3 - No terceiro e último capítulo, enfrentando a discussão sobre a identidade ou distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, encontrou-se, tanto na doutrina como na jurisprudência, teses de que a razoabilidade é sinônimo de proporcionalidade, como também há aqueles que defendem a diferença entre os dois institutos. Registra-se que boa parte da doutrina reconhece a razoabilidade como princípio, e a proporcionalidade como regra.

3.1 - Os autores que defendem uma relação de fungibilidade entre os dois institutos, o fazem sem maiores digressões para justificar suas posições. A discussão é mais consistente por parte daqueles que não reconhecem

os institutos como sinônimos. A primeira diferença se encontra na diferente origem de ambas as categorias, sendo o princípio da razoabilidade originário na *commow law* do direito anglo-saxão, enquanto a regra da proporcionalidade tem origem no direito germânico, e, neste sentido, a diversidade de origem pressupõe necessariamente motivos históricos e culturais diversos, a considerar que se trata de regra e princípio constitucionalizados, que, por via de consequência, devem retratar os valores e ideais de uma determinada sociedade. Além disto, verificou-se que a regra da proporcionalidade passou a ser estudada na Inglaterra somente a partir de 1998, com a adoção do *Human Rights Act*, sendo que até então era praticamente desconhecida no sistema jurídico daquele país que deu origem a razoabilidade. Outra circunstância argüida se refere ao fato de que a proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente pré-definida, através da exigência da análise de três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Por outro lado, a razoabilidade trata-se de uma análise de compatibilidade entre meios e fins e a legitimidade dos fins, com objetivo de servir primordialmente de instrumento de controle constitucional construído historicamente, além de conferir lógica aos juízos de valor e estreitar o âmbito da discricionariedade com base na pauta prevista pela Constituição. Não se pode negar que existe um ponto de semelhança entre ambos os institutos, pois, a compatibilidade entre meios e fins e a legitimidade dos fins, exigida na razoabilidade, equivale a uma das exigências da proporcionalidade – a adequação. No entanto, esta semelhança não parece suficiente para estabelecer que ambos institutos são sinônimos, denotando-se também que a proporcionalidade é mais ampla do que a razoabilidade, mas tal evidência não significa condicionar a razoabilidade ao teste concomitante da proporcionalidade.

3.2 - No entendimento da doutrina, a razoabilidade ainda é pouco difundida na jurisprudência do STF, contribuindo a Corte Suprema de forma tímida para a discussão sobre o tema, em especial no tocante ao necessário desenvolvimento de um modelo consistente de controle jurisdicional de razoabilidade. Com base na análise da doutrina e de algumas decisões coletadas do STF, identificou-se que aquele Tribunal vem aplicando o princípio da razoabilidade, na sua maioria, numa relação de fungibilidade com a proporcionalidade, e sem nenhuma fundamentação discursiva estruturada e racional que demonstre o preenchimento dos testes de aferição da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Para uma boa parte da doutrina, o STF, embora não deixe explícito, ainda apresenta um exagerado apego a separação dos poderes, circunstância que impede aquele Tribunal de avaliar o mérito do ato estatal discricionário.

3.3 – Proceder a análise da jurisprudência do STF sobre a razoabilidade, não é tarefa das mais fáceis. Analisar a posição de um Tribunal quase sempre resulta em pesquisa didática em assuntos específicos, por exemplo, quando se discute o princípio da isonomia ou da capacidade contributiva no sistema tributário, ou princípio da presunção de inocência em processos criminais, os julgadores, para emitir seus relatórios e respectivos votos, buscam fundamento na doutrina ou em outros julgados. No entanto, sobre o princípio da razoabilidade, não se encontra grandes pesquisas por parte dos julgadores, pois, não raro, até mesmo no momento de apresentar como razão de decidir o princípio da razoabilidade, não demonstram fundamentadamente os motivos e ou justificativas pela opção do referido princípio. Neste sentido, o resultado da pesquisa pode conduzir o estudioso a imaginar, equivocadamente, que a razoabilidade seria uma mera exigência genérica e abstrata de prudência, bom senso e justiça.

3.4 - Dentre os ministros que se destacam pelo esforço na consolidação do princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF, encontra-se nos votos proferidos pelo ministro Marco Aurélio. Já Gilmar Mendes aplica e defende o princípio da proporcionalidade, reconhecendo a existência de uma relação de fungibilidade com a razoabilidade.

Em relação às hipóteses levantadas, em atenção as considerações acima registradas, conclui-se que:

a) a razoabilidade apresenta-se no ordenamento jurídico brasileiro como princípio constitucional implícito - hipótese confirmada, conforme considerações acima no item 2.2.

b) a possibilidade da autoridade estatal decidir por uma entre duas ou mais normas possíveis, caracteriza atividade discricionária – hipótese confirmada em parte, devendo ser ressalvado que os princípios constitucionais não

permitem opções livres, pois, a liberdade de opção sustentada na discricionariedade, fica condicionada a descoberta da melhor resposta possível dentro do contexto constitucional e adequada ao caso concreto, conforme consta no item 2.5.

c) desde que utilizado corretamente, o princípio da razoabilidade é meio eficaz para controlar a atividade discricionária – hipótese confirmada, conforme itens 2.3. e 3.1. Por uso incorreto da razoabilidade entenda-se a relação de fungibilidade estabelecida com a proporcionalidade, defendida por parte da doutrina e da jurisprudência, pois, tal posição pode ofuscar a razoabilidade e com isso impedir o necessário avanço na discussão e desenvolvimento que o tema exige.

d) o princípio da razoabilidade não é sinônimo do princípio da proporcionalidade, mas teria derivação neste – hipótese confirmada em parte. De fato a pesquisa conduziu ao resultado de que os institutos não são sinônimos. Quanto a hipótese da razoabilidade derivar da proporcionalidade, considerando que ambos institutos prezam de reconhecimento constitucional implícito, com origem em períodos históricos e sistemas jurídicos diferentes, a proporcionalidade no direito alemão, surgida no final do século XVIII, com profundas raízes nas teorias jusnaturalistas, e a razoabilidade na *common law* do direito anglo-saxão, cujo marco foi a Magna Carta inglesa de 1215, conclui-se que a origem diversa e o fato da proporcionalidade surgir depois da razoabilidade, são fatores determinantes para afastar uma possível relação de derivação, conforme considerações expostas nos itens 2.3 e 3.1 acima.

e) O STF vem utilizando o princípio da razoabilidade numa relação de fungibilidade com o princípio da proporcionalidade – hipótese confirmada, conforme itens 3.2 e 3.3.

Com estas considerações finais, entende-se alcançados os objetivos específicos da pesquisa e confirmadas boa parte das hipóteses estabelecidas.

Por fim, deve-se registrar que a maior evidência alcançada nesta pesquisa reside na constatação de que é preciso ampliar e aprofundar a investigação sobre o tema.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, Niceto. **Estudios de Teoria General e Historia del Proceso**. Tomo I. México: Universidade Nacional Autônoma de México. 1974.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. 3ª ed., Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Cláudia Toledo. 2ª ed.. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AQUINO, Santo Tomaz de. **Summa Theologiae**. Tradução de Alexandre Corrêa. Caxias do Sul, RS, Sulina, 1980.

ARISTÓTELES. **A Política**. 15ª ed. Tradução de Nestor Silveira Chaves – São Paulo: Coleção Mestres Pensadores. Editora Escala. 1996.

ATIENZA, Manuel; RUIZ Juan. **Las piezas del Derecho**. Teoria de los enunciados jurídicos. 2ª Edición. Madri: Ariel Derecho, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria dos princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, 23 ed (1998).

_____(Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17ª. ed. atual, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. 20ª. ed. atual, São Paulo : Malheiros, 2007.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípio da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**. 2ª Edição. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 04/11/2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 out. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acessado em 02/11/2009.

BRASIL. **Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Lei do Mandado de Segurança. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm. Acessado em 20/10/2008.

BRASIL. **Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Lei do Mandado de Segurança. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm. Acessado em 04/11/2009.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acessado em 04/11/2009.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.784, 29 de janeiro de 1999**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º fev. 1999 e retificado em 11 mar. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acessado em 04/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 285, de 13 de dezembro de 1963. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300. Acessado em 04/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 400, de 08 de maio de 1964. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acessado em 04/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 18.331/51. Data da decisão: 21/09/1951. Relator ministro Orozimbo Nonato: Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=119904&idDocumento=&codigoClasse=437&numero=18331&siglaRecurso=&classe=RE>. Acessado em 24/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 70.278/68. Data da decisão: 13/11/1970. Relator ministro Aduato Cardoso: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=166186&idDocumento=&codigoClasse=437&numero=70278&siglaRecurso=&classe=RE>. Acessado em 30/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855/93. Data da decisão liminar na medida cautelar: 01/07/1993, data da decisão de mérito no processo principal: 06/03/2008. Relator ministro Octavio Gallotti. Redator do processo principal ministro Gilmar Mendes: Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1561243> Acessado em 30/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 192553/98. Data da decisão: 15/12/98. Relator ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=232831&idDocumento=&codigoClasse=437&numero=192553&siglaRecurso=&classe=RE>. Acessado em 02/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. de Inst. ou de Petição nº 203186/98. Data da decisão: 17/04/98. Relator ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=284524&idDocumento=&codigoClasse=510&numero=203186&siglaRecurso=AgR&classe=AI>. Acessado em 02/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 573.675/07. Data da decisão: 25/03/2009. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2582137> Acessado em 02/11/2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**. 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CALSAMIGLIA, Albert. **Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin**. Derechos en Serio. Barcelona, Editora Ariel, 1984. [on line] Trad de Patrícia Sampaio. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 18/09/2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. São Paulo, Editora Almedina, 1997.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CEZNE, Andréa Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: Uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 13º, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

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

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio & Gomes, Rogério Zuel (Coordenadores). **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2006.

CUNHA, José Ricardo Ferreira. **Direito e estética: fundamentos para um direito humanístico**. Ed. Safe, Porto Alegre, 1998.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado**. Tradução de Hermínio A. de Carvalho. 2ª ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de João Cruz Costa – Rio de Janeiro : Ediouro.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O Império do direito**. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges – 2ª edição. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Cristian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, jul./dez. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto (Organizadores). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org). **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HOFFE, Ofried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia critica do direito e do Estado**. Tradução: Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

MAQUIAVEL. **O Príncipe**. Tradução de Torrieri Guimarães – 7ª edição. São Paulo : Editora Hemus.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed., Malheiros, São Paulo: 2006.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da política jurídica**. Sérgio Fabris Editor. Porto Alegre: 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**: Salvador, vol. 1, nº 5, agosto de 2001.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros – Petrópolis - RJ: Editora Vozes. 1991.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25ª ed. São Paulo, Editora RT, 1999.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. – Ed. revista e modificada pelo autor – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 137.

MORUS, Thomas. **A Utopia**. Tradução de Luís de Andrade – São Paulo : Editora Ediouro. 1990.

OLIVEIRA, Fábio. **Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). **Princípios processuais civis na Constituição** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. 3ª ed., vol. I, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Marlene Holzhausen: revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **A nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed., 2ª tir., São Paulo : Saraiva, 2000.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

_____. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2007.

_____. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SEROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e americano.** São Paulo: Editora Landy, 2001.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratato de Sociologia.** Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. 1ª ed. Porto Alegre. Editora Globo. 1970.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 91º, Abril de 2002.

SILVA, Moacyr Motta da. O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio de justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano V, n. 8º, Abril de 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. (Org). **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo legal.** 3ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

SOUZA, Francisco Antonio de. **Novo dicionário Latim Português.** Porto: José Lelo e Edgar Lelo, 1965.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

_____. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: Porto Alegre, vol. 1, nº. 4, 2006.

_____. Concreção de direitos e interpretação da Constituição.
Boletim da Faculdade de Direito: Coimbra, n. 81^o, 2005.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres.** Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.