

1

Introdução



1.1 Significado e abrangência da razoabilidade

Razoabilidade indica a qualidade de *razoável*, adjetivo que possui raiz latina, derivada da palavra razão (*ratio*), no sentido de causa, cômputo ou medida. Ter razão significa, em regra, estar apoiado em justo motivo ou em motivo legítimo.

Trata-se de termo plurívoco, isto é, de expressão que possui inúmeros significados, dentre os quais se ressaltam:¹ logicamente plausível; racional; aceitável pela razão; ponderado; sensato ou que tem bom-senso; conforme ao direito ou à equidade; que é justo e compreensível; legítimo; coerente; não-excessivo; moderado; comedido; aceitável; suficiente; considerável etc. Além de plurívoco, é termo vago, indeterminado ou fluido, ou seja, noção cuja extensão significativa não é de imediata delimitação. Conceito indeterminado é aquele que possui um significado impreciso.

O juspublicista Xavier Philippe expõe² que razoabilidade é um juízo mais fácil de compreender do que definir. A assertiva de Philippe é correta na medida em que o conceito de razoabilidade possui elevada carga axiológica e a apreensão dos valores se insere mais na ordem afetiva, da intuição emocional, do que na ordem intelectual, da teorização racional.

¹ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 665. AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo de língua portuguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1964. v. 4, p. 3413. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2389.

² PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*. Aix-Marseille: Presses Universitaires, 1990. p. 7.

Assim, a percepção dos limites da razoabilidade é algo que emerge mais do conhecimento intuitivo, derivado de uma sensação de desproporção ou de impropriedade que a apreensão de um objeto ocasiona, do que do conhecimento intelectual, obtido mediante operações ou raciocínios complexos. Contudo, muito embora a percepção do irrazoável seja de imediato apreendida pela intuição, esta não pode, principalmente no universo jurídico, ser aceita, pura e simplesmente, sem processos intelectuais de justificação e argumentação.

Defender-se-á o posicionamento de que a perquirição dos limites da razoabilidade não corresponde ao mero subjetivismo, mas a um tipo de racionalidade intersubjetiva que se utiliza da técnica de argumentação e se define pelo consenso. Para tanto, será necessária a incursão nos temas da teoria da argumentação, da retórica e da razão prática. Na realidade, é dificultosa e insuficiente a definição de razoabilidade sem as suas múltiplas e incontáveis manifestações concretas, e cada uma dessas manifestações será sempre questionável se for falsamente reputada categoria ontológica isolada, isto é, descontextualizada. Portanto, o presente livro procura trazer variados exemplos de questionamento de atos tidos por irrazoáveis.

Razoabilidade é juízo que, muito embora tenha sido positivado (como princípio) recentemente em alguns diplomas normativos, tais como: a Lei nº 9.784/99 (art. 2º), que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a Lei nº 10.177/98 (art. 4º), que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de São Paulo e até pela Constituição Estadual de São Paulo (art. 111), está pressuposto na sistemática dos ordenamentos de Estados Democráticos de Direito.

Ela serve de parâmetro de valoração da justiça³ ou racionalidade dos atos estatais. Essa valoração somente pode ser efetuada a partir de uma lógica diferenciada da lógica analítica e cartesiana, presente em maior extensão nas ciências naturais, porque demanda um tipo diferenciado de *logos*, denominado por Recaséns Siches de *logos* do razoável.

A lógica do humano ou do razoável, consoante defende o jusfilósofo espanhol,⁴ parte de valorações concretas, isto é, que levam em conta as possibilidades de uma dada realidade e as limitações que ela impõe, e é regida por razões de congruência ou adequação entre uma realidade social e os valores pertinentes para a regulação desta situação social, isto é, entre os fins de realização possível e a realidade concreta. Assim, a razoabilidade permite basicamente a perquirição entre meios e fins, especialmente entre a adequação dos meios em relação a finalidades escolhidas.

³ Não se trata da justiça como conteúdo transcendental (concepção jusnaturalista), mas no sentido de racionalidade presente no discurso que retrata uma realidade concreta.

⁴ SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1970. p. 7.

Procurar-se-á defender, ao longo do livro, que a regra da proporcionalidade é parte da perquirição do razoável, pois a *proporção* ou a *justa medida* são critérios necessários para se mensurar o equilíbrio, a moderação ou a racionalidade dos meios para o alcance de determinadas finalidades. Tal posicionamento não é unânime. Parte dos doutrinadores⁵ entende que a razoabilidade advém do desenvolvimento da *rule of reasonableness*, de origem inglesa, que se sedimentou com a criação jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana do devido processo legal substantivo, enquanto a proporcionalidade é regra diferenciada, composta de elementos específicos, que foi propagada a partir das decisões do Tribunal Constitucional alemão, depois do período do nacional-socialismo e da Lei Fundamental de Bonn.

Essa postura, adiante-se, se apega mais em definições e usos da doutrina e jurisprudência estrangeiras do que na estrutura significativa dos conceitos, porquanto a indagação da proporção (ou equilíbrio) é um aspecto ontológico, ou seja, próprio da essência da razoabilidade. Na realidade, também do ponto de vista pragmático, isto é, dos efeitos da utilização dos conceitos, eles se assemelham, pois tanto o devido processo substantivo quanto a proporcionalidade se prestam a controlar a adequação e a necessidade dos meios no contraste entre atos estatais e direitos fundamentais, juízos estes abrangidos ontologicamente pelo *standard* de razoabilidade.

A questão da razoabilidade, sobretudo com a abertura democrática, não só no Brasil, mas também em países como Argentina, Espanha e Portugal,⁶ e com os avanços da Hermenêutica Constitucional, associada à Teoria da Constituição, passou a ser um tema recorrente. Defende-se, contudo, que não basta denunciar situações concretas em que o Poder Público age de forma arbitrária, é importante enfatizar também a necessidade de limitar o uso caprichoso do argumento de razoabilidade, pois o Judiciário não pode, sob pena de violar a independência entre os Poderes, invalidar atos que se coadunam com as normas e os objetivos do ordenamento jurídico, fulminando, assim, opções políticas legítimas dos outros poderes. Subsiste, portanto, a noção tão cara ao Direito Administrativo de discricionariedade, muito embora a razoabilidade seja um parâmetro de restrição da oportunidade e conveniência da função administrativa.

A indagação dos limites da razoabilidade é tema complexo, na medida em que a defesa da adoção do juízo pressupõe alguns posicionamentos teóricos específicos sobre vários assuntos conexos presentes na Teoria Geral do Direito e na Hermenêutica Jurídica, tais como: a razão prática e a deliberação pautada no juízo prudencial; a refutação de alguns dos pressupostos da metodologia positivista; o perigo do retorno de parâmetros extralegais de justiça (jusnaturalismo);

⁵ Entre eles, se destaca o posicionamento de Luís Virgílio Afonso da Silva. In: O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 30, abr. 2002.

⁶ Advirta-se que estes dois últimos países, seguindo a linha da maior parte dos países europeus, adotam a denominação proporcionalidade.

a abertura axiológica e lingüística do ordenamento jurídico; o questionamento do necessário subjetivismo na valoração e o perigo da substituição jurisdicional de opções democráticas legítimas.

Também deve estar pressuposta a desmistificação da noção corrente de que a “técnica” de ponderação de interesses é procedimento “neutro”, porquanto o juízo de proporcionalidade dos interesses em jogo envolve sempre opções valorativas, as quais só alcançam a real pretensão de legitimidade na medida em que tornam o discurso transparente, isto é, que descortinam aspectos mais aprofundados dos conflitos de interesses presentes em cada situação concreta; caso contrário, a razoabilidade corre o risco de se dissolver em mero argumento ideológico e, portanto, sustentador das injustiças estruturais do sistema, situação em que, sob o rótulo da “harmonização de interesses”, ocorre verdadeira superposição de interesses.

Do ponto de vista do Direito Administrativo, o tema demanda a análise e o aprofundamento de assuntos importantes, tais como: a modificação do conceito de discricionariedade diante das alterações processadas no âmbito da Teoria da Interpretação; a discricionariedade do legislador e o controle jurisdicional de opções políticas arbitrárias; o excesso da regulamentação legal; a influência dos conceitos jurídicos indeterminados e a equidade no enquadramento dos pressupostos fáticos (*Tatbestände*), denominados pela teoria dos atos administrativos os motivos do ato; o conceito de discricionariedade técnica; a situação de aplicação desmedida ou excessiva da sanção administrativa etc.

Defender-se-á que o conceito de razoabilidade está intrinsecamente relacionado com a interpretação que se utiliza da equidade no enquadramento das circunstâncias fáticas. As concepções hermenêuticas mais atualizadas não aceitam mais a noção simplista de que o juízo de interpretação pode ser reduzido a mero silogismo de enquadramento de situações fáticas a premissas normativas. Ademais, a aplicação do juízo de razoabilidade é extensível a variadas dimensões jurídicas, seja na elaboração da lei como na edição de atos administrativos e, ainda, na generalidade das interpretações e aplicações do Direito.

O legislador, na criação da lei, possui discricionariedade para escolher uma série de meios para a consecução das finalidades constitucionais. Esses meios, ou discrimines normativos, devem ser adequados, eficazes e proporcionais com os fins a serem atingidos, sob pena de inconstitucionalidade substancial. Este aspecto é, em geral, mais difundido no âmbito do Direito Constitucional do que nos estudos de Direito Administrativo, mas os avanços doutrinários e jurisprudenciais desta última disciplina influenciaram muito as pesquisas de Direito Constitucional no Brasil (e vice-versa).

Também o administrador, na criação de atos normativos decorrentes de atribuições legais, deve estabelecer discrimines (de maior concreção) adequados, eficazes e proporcionais às finalidades legais. Ele geralmente dispõe de discricionariedade mais limitada do que aquela conferida ao legislador, pois o Poder Executivo,

ao regulamentar a lei, deve obedecer não só aos preceitos constitucionais e à razoabilidade de sua ação, mas também aos parâmetros estabelecidos pela própria lei, que especifica desígnios mais claros. Trata-se de assunto que envolve a análise do poder de polícia, que compreende a restrição de direitos individuais na consecução dos interesses coletivos.

O administrador, na edição ou na execução de atos administrativos (de efeitos concretos), também deve agir obedecendo à razoabilidade, sob pena de desvio de finalidade, se agir arbitrariamente em detrimento dos fins legais ou do interesse público, ou com excesso de poder se para a consecução das finalidades públicas empregar meios desproporcionais.

1.2 Problemática metodológica do juízo de razoabilidade e exposição da tese

O princípio da razoabilidade, expõe Luís Roberto Barroso, “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles são informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.⁷

Contudo, a aceitação do juízo de razoabilidade tem por pressuposto uma escolha metodológica acerca da interpretação. A razoabilidade representa um *standard* de justiça concretizada e é necessário combater alguns pressupostos da perspectiva positivista que ainda é muito influente no cenário jurídico nacional.

Uma das problemáticas levantadas com bastante freqüência quando se aborda a razoabilidade, e que se localiza no cerne da possibilidade e efetivação de seu controle pelo Poder Judiciário, é o questionamento freqüente de se o juiz, ao apreciar a lei ou verificar a sua arbitrariedade, estará declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável.

Parte da doutrina defende que, ao examinar a compatibilidade entre meio e fim e as nuances de necessidade-proporcionalidade da medida adotada, a atuação do Judiciário transcende à do mero controle objetivo da legalidade, em poucas palavras: que a aferição da razoabilidade importa em um juízo de mérito do ato questionado.

O presente livro objetiva refutar tal postura, ou seja, independentemente da positividade ou aplicação implícita ou explícita da razoabilidade pelo Judiciário, a análise da razoabilidade não extrapola o controle da legalidade, porque esta deve ser considerada em função da hermenêutica mais atualizada, que traz à operação de interpretação também as pautas valorativas, incorporadas nos princípios, que possuem dimensão normativa.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 204.

A interpretação não abrange necessariamente apenas juízos demonstrativos, ela está pautada também por aspectos volitivos decorrentes da valoração, que não importam sempre em subjetivismo, desde que estejam alicerçados numa argumentação intersubjetiva que objetive o consenso. Na realidade, toda atividade que não seja lógica formal ou matemática pura está sujeita a uma escala de opções valorativas em sua ponderação, e isso não implica em desprestígio ou ausência de racionalidade. As ciências sociais evoluíram no sentido de reconhecer que as opções também guardam uma dimensão de racionalidade, de modo que não se devem separar os juízos demonstrativos, os quais não englobam a volição⁸ das opções.

Ademais, pondere-se que a situação de opção envolve uma escolha, e esta também deve ser guiada por uma racionalidade. Se não houvesse um certo grau de racionalidade na escolha e ponderação dos homens, ao menos circunstanciado e em face dos *standards* presentes em todas as áreas do conhecimento, não se poderia falar em princípio da razoabilidade.

Não se defende a existência de uma racionalidade essencial e abstrata, conforme propugnou o jusnaturalismo. A razoabilidade, apesar de poder ser dimensionada mediante a utilização de fórmulas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), não possui um conteúdo essencial desvinculado de suas inúmeras manifestações concretas em que atos estatais específicos e situados no espaço e no tempo são valorados quanto ao seu equilíbrio, moderação, harmonia ou racionalidade. Assim, da inevitabilidade da manifestação volitiva no processo hermenêutico emerge a necessidade de os operadores do Direito utilizarem-se de *standards* do sistema e da coletividade na busca pela justiça concretizada.

No entanto, quando a decisão dos homens não se pauta em critérios de razoabilidade, ocorre a arbitrariedade. Há opções arbitrárias e opções boas. Existem também situações nas quais o administrador (ou o legislador) se depara com um leque de opções e escolhe uma hipótese razoável. Nesta circunstância, não há como o Judiciário substituir a escolha do administrador, ou seja, o Judiciário não pode adentrar ao mérito de opções tidas por razoáveis.

O presente livro procura, portanto, refutar algumas premissas do positivismo, pois parte da observação de que o apego ao legalismo estatal e o desprezo às pautas axiológicas incorporadas hodiernamente ao Direito comprometem o projeto de efetivação, ao menos do ponto de vista jurisdicional, de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

⁸ Para Aristóteles ninguém delibera sobre coisas que não podem ser de outro modo, nem que a nenhum fim conduzem, nem que sejam, ademais, um bem obtido pela ação. Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 62.

O juízo de razoabilidade é mecanismo adequado a lidar com o conflito de interesses e valores em uma sociedade democrática, e se presta a refrear atos estatais arbitrários. A importância do tema está em justamente tratar de um parâmetro de resolução dos casos difíceis⁹ (*hard cases*), isto é, daqueles casos que envolvem argumentação e ponderação no conflito entre os princípios que consubstanciam valores diversificados.

Ademais, a Constituição não pode ser vista da perspectiva de um conjunto fechado de princípios e regras isolado da realidade histórica de seu povo. O espírito democrático que permeou a promulgação da Constituição de 1988 não foi suficiente para afastar manifestações não democráticas, mormente na edição de atos administrativos. Assim, a razoabilidade e a idéia de proporção, que está compreendida neste juízo, são parâmetros que permitem a conjugação racional entre interesses e valores de uma sociedade complexa. Essa noção deve ser bastante utilizada no âmbito do poder de polícia.

Admite-se a possibilidade de ampliação da utilização do juízo de razoabilidade no sistema jurídico pátrio a partir de várias vias: seja pela influência das formulações teóricas da Hermenêutica mais atualizada, que entende que a legalidade compreende a razoabilidade, seja pela influência das teorias estrangeiras do devido processo legal substantivo norte-americano ou pela proibição de excesso alemã, ou mesmo pela simples restrição da noção de discricionariedade no Direito Administrativo, que possibilita a perquirição da racionalidade de atos normativos e administrativos. Todas as elaborações são relacionadas com a temática da razoabilidade e possuem igual dignidade teórico-pragmática, mas devem ser utilizadas com equilíbrio e moderação.

O presente livro procura situar essas elaborações no cenário jurídico nacional. Ele analisa a penetração da razoabilidade em função do histórico da evolução e das características do Direito Administrativo brasileiro, que sentiu diferentes influências do direito estrangeiro, e foi mais ou menos equânime e criativo em variados períodos históricos. Busca-se, nesse ponto, também contribuir para a explicitação de alguns dos possíveis motivos pelos quais há restrições em nosso cenário à incorporação desta tendência.

Por fim, haverá a contribuição mais dogmática da obra, que analisa os conceitos de discricionariedade, do controle da razoabilidade no ato administrativo e no ato normativo, seja quando este é editado pela Administração Pública ou pelo Poder Legislativo. Também será importante a análise do grau de discricionariedade que possui o legislador na elaboração das leis. Esta parte do trabalho demanda uma incursão na natureza jurídica dos princípios, se eles são vinculantes ao legislador. Há segmentos da doutrina que defendem a noção de desvio de finalidade também na elaboração legislativa.

⁹ Uma mostra sobre a argumentação que permeia casos difíceis. Vide DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 167.

A tese é relevante, pois o Estado Democrático de Direito pressupõe a justa medida na análise de colisão de interesses, para a preservação e resguardo dos valores incorporados à Constituição Federal. Assim, o trabalho desdobrar-se-á da seguinte forma:

Inicialmente, será feita a abordagem filosófica da razoabilidade. Haverá a contextualização da indagação da razoabilidade no campo da Hermenêutica, indispensável para que se situem os pressupostos metodológicos de aceitação deste tipo de juízo. Nesse capítulo se inserem a análise do positivismo e o porquê essa corrente tem restrições à incorporação dos valores ao ordenamento. Para tanto, parte-se de uma observação feita por Aristóteles e trabalhada de maneira aprofundada por Recaséns Siches, ou seja, a de que há diversas regiões ou províncias da razão, podendo-se distinguir a razão do racional (razão pura do tipo matemático) da razão do humano (do razoável).

Em seguida, será procedida a abordagem do tema no Direito comparado. Segundo Bonavides,¹⁰ o princípio teve origens no Direito Administrativo, com alicerces no direito natural, e migrou para o Direito Constitucional. Assim, será iniciada a análise com o Direito Administrativo francês. Serão expostos alguns arestos do Conselho de Estado e a contribuição deste órgão para a criação do juízo de razoabilidade ou ponderação entre os meios e os fins, na crescente restrição à noção de discricionariedade.

Posteriormente, será abordado o juízo de razoabilidade (*rule of reasonableness*) na noção de devido processo legal substantivo, desenvolvida e propagada pela Suprema Corte norte-americana. É importante para a compreensão do tema o estudo histórico que denuncie os movimentos deste órgão no sentido do maior ou menor controle de razoabilidade das medidas estatais, o que culminou nos Estados Unidos no denominado “governo dos juízes”, combatido arduamente por Franklin Roosevelt após a Grande Depressão. Conforme será exposto, atualmente se dividem os juristas norte-americanos em interpretativistas e não interpretativistas quanto à análise valorativa dos atos estatais.

Também será ressaltada a contribuição do Direito alemão para o juízo de proporção, faceta integrante do juízo de razoabilidade, mediante as regras de proporcionalidade e de proibição de excesso. A larga aplicação constitucional do princípio somente se deu após a Segunda Guerra Mundial e o advento da Lei Fundamental de Bonn (1949). Será ressaltado que as construções jurisprudenciais do Tribunal Constitucional alemão acerca da colisão de princípios e da necessidade de preservação de um núcleo essencial dos direitos influenciaram o Direito de inúmeros países, tais como Portugal e Espanha. Estes últimos possuem algumas peculiaridades no controle dos atos administrativos que serão ressaltadas por guardar relação com o tema da razoabilidade, quais sejam, a *interdição de arbitrariedade* espanhola e o *princípio da justiça* em Portugal.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 402.

É forte na Espanha o movimento pelo “ativismo jurídico”, cujo expoente consagrado é o jurista García de Enterría, que defende a restrição máxima do conceito de discricionariedade administrativa. Em Portugal, apesar de o Judiciário respeitar as inúmeras conquistas sociais cristalizadas como direitos adquiridos por meio da proibição de retrocesso social, há a utilização freqüente da noção de discricionariedade técnica e o juízo de ponderação do correto enquadramento dos fatos é, por vezes, restringido às situações de erro manifesto, em orientação restritiva do controle. A Argentina incorporou a construção norte-americana do devido processo legal e se utiliza explicitamente do princípio da razoabilidade.

O capítulo seguinte ao da análise da razoabilidade nos ordenamentos estrangeiros versa sobre a incorporação do princípio no Brasil. Foi procedido um histórico do aparecimento das ponderações de razoabilidade no Direito Administrativo brasileiro e foram expostas as influências que este ramo do Direito sofreu, e continua sofrendo no tocante ao tema.

Em seguida, houve a análise do controle dos atos normativos e dos discrímes legais irrazoáveis. Essa parte também analisa a problemática dos limites de controle jurisdicional das políticas públicas e a discricionariedade do legislador, especialmente no tocante à incorporação de direitos sociais. Nesse capítulo foi problematizada a ideologia na harmonização de interesses e os diversos significados do senso comum. Também foram abordadas a isonomia no discríme normativo e a justificativa razoável de escolha de critérios pelo legislador. Houve, por fim, a exposição e a análise de algumas decisões jurisprudenciais de controle de constitucionalidade material de normas que violaram os limites da razoabilidade.

No sexto capítulo, referente ao controle dos atos administrativos, pretende-se relacionar o uso da razoabilidade às situações de controle dos motivos, o excesso de poder, o poder de polícia e o desvio de finalidade. Também será analisada a relação entre a razoabilidade e a discricionariedade no controle dos atos administrativos em sentido estrito. A razoabilidade será tida como parâmetro de legalidade do ato, de acordo com as diretrizes da parte inicial do livro¹¹ e, por fim, serão formuladas as conclusões.

¹¹ Porquanto explicita Siches, como se verá, que a lógica do razoável é uma lógica material, isto é, uma lógica que determina conteúdos razoáveis. Ademais, para Chaim Perelman, o irrazoável representa um limite negativo de qualquer argumentação jurídica, explicando Atienza que irrazoável é considerado pelo autor aquilo que é inaceitável em uma dada comunidade e num dado momento histórico. ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de “razonable”. Disponível em: <<http://www.spencer.adv.br/universidades/Atienza-Razonable%20%definicion%20%de%20%razonable.4-189.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2005.