

**DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA
PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE
NO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS¹**

André Dias Fernandes²

RESUMO

Partindo da análise conceitual dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, identificam-se zonas de proporcionalidade e de razoabilidade, de desproporcionalidade e de irrazoabilidade, bem como zonas de indeterminação conceitual. Conclui-se que tais princípios, salvo situações excepcionais, não são capazes de eliminar por inteiro a discricionariedade administrativa, embora possam restringi-la, bem assim servir de instrumento para controle de mérito do ato administrativo. Diferencia-se o “controle” judicial do mérito do ato administrativo (= atividade cognitiva) da “anulação” judicial do ato administrativo (= atividade decisória reformadora). Considerando que a análise da proporcionalidade e da razoabilidade do ato administrativo pode ter por objeto o “mérito” deste, reconhece-se, no ato administrativo discricionário, a existência não de um núcleo incognoscível pelo Judiciário, mas de um núcleo imodificável pelo Judiciário, a saber: aquele núcleo que não tenha desbordado dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade (= núcleo proporcional e razoável).

PALAVRAS-CHAVE: Princípios, razoabilidade, proporcionalidade, mérito, ato administrativo, controle judicial.

Embora seja um tema objeto de algumas monografias específicas de boa qualidade doutrinária, o controle jurisdicional dos atos administrativos tem-se revelado um assunto sempre renovado, já pela sua relevância na ordem jurídica nacional, já pelas novas questões que tem suscitado e que ainda não foram tratadas com a necessária profundidade.

De fato, no pertencente aos atos administrativos discricionários, uma dessas atuais questões diz respeito à própria redefinição do conceito de “mérito administrativo”. Ou seja: o conceito de mérito administrativo está sendo *reduzido ao seu núcleo essencial* pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ou tais princípios estariam legitimando o *controle jurisdicional do próprio mérito administrativo*, rompendo um dogma de há muito assentado?

No que concerne aos atos administrativos regulatórios, é possível o controle jurisdicional da discricionariedade regulatória técnica e do poder normativo outorgado por lei às agências reguladoras com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade?

O atual sistema de controle jurisdicional é adequado para sindicat a atividade administrativa na pós-modernidade, com seus novos desafios e com as novas exigências de um mundo globalizado em acelerada mutação?

Com efeito, desde o início, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foram concebidos com a finalidade de reduzir eventual atuação arbitrária do Poder Público. Com o fenômeno da intensa constitucionalização do Direito a partir do século XX, designadamente no período pós-Segunda Guerra, tais princípios, até então circunscritos aos confins do Direito Administrativo, conquistaram súbita notoriedade nos arraiais do Direito Constitucional, devido, em grande parte, ao excepcional desenvolvimento impresso ao princípio da proporcionalidade pela Corte Constitucional alemã.

Desde então, o emprego dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como novos instrumentos de controle dos atos administrativos, especialmente os discricionários, tem-se difundido e atraído a atenção de todos os profissionais do Direito.

Sem embargo da indisputável relevância desses novos parâmetros de controle judicial dos atos administrativos, estes não têm o condão de eliminar por completo a margem de liberdade conferida pelo Direito ao administrador público, indispensável à própria viabilidade operacional da função administrativa.

Para além disso, é imperioso reconhecer que a má aplicação desses valiosos princípios constitucionais pode subverter a própria finalidade para a qual foram concebidos, substituindo o *arbítrio administrativo* pelo não menos indesejado *arbítrio judicial*.

Impende, portanto, *precisar melhor* em que efetivamente consistem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em ordem a evitar que o seu louvável desiderato de coibir arbitrariedades, desvios, caprichos, etc. seja falseado no momento da aplicação concreta e que tais princípios venham a servir de subterfúgio para a prática de atos estatais arbitrários.

Portanto, tendo presente que tais princípios não constituem panaceia para a correção judicial das deficiências dos atos administrativos, cumpre investigar as suas potencialidades e os seus limites quando aplicados ao controle judicial dos atos administrativos.

Ao cabo do trabalho, chegou-se às seguintes conclusões:

1. As regras não são imunes à *ponderação*, de sorte que a *subsunção* não é o único modo de aplicação das regras; *ponderação*, *subsunção* e *interpretação* estão indissociavelmente ligadas, pois não há como ponderar e subsumir sem antes

interpretar; o *conflito de regras* pode ser resolvido no plano da *validade* ou no da *aplicação* (i.e., sem a declaração de invalidade de uma das regras); a dimensão de peso ou importância *não é privativa* dos princípios.

2. Embora as regras possam ser *ponderadas*, a extensão dessa ponderação é menor do que no concernente aos princípios. Por outra: por veicularem comandos mais específicos de conduta do que os princípios, as regras possuem *maior rigidez* do que os princípios *quando objeto de ponderação*. Portanto, a superação de uma regra impõe ao intérprete/aplicador um ônus argumentativo maior do que o necessário para a superação de um princípio.
3. Quanto ao choque entre princípios e regras, não se pode partir de posições apriorísticas: *nem a regra é hierarquicamente superior ao princípio pelo simples fato de ser regra, nem o princípio é hierarquicamente superior à regra pelo simples fato de ser princípio*. Por outra: a natureza jurídica dessas normas (regras e princípios) não é capaz de conferir superioridade hierárquico-normativa a nenhuma delas. *Não há hierarquia normativa ontológica entre regras e princípios*.

Se não se pode extrair hierarquia normativa da própria *ontologia* dessas normas (regras e princípios), eventual conflito entre regras e princípios deve ser resolvido com auxílio dos cânones hermenêuticos (o que inclui os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que também atuam na *interpretação* das normas) e dos critérios de solução de antinomias.

4. Na doutrina, lavra dissenso sobre se o princípio da propor-

cionalidade seria realmente um princípio, uma regra ou um postulado normativo. Concluiu-se que o princípio da proporcionalidade enquadra-se no moderno conceito de princípios. De fato, o princípio da proporcionalidade *não é, ele mesmo, imune à ponderação ou ao balanceamento com outros princípios constitucionais (como, v.g., o da separação de Poderes)*, podendo ter sua eficácia *reduzida ou limitada* em *excepcionais* situações concretas de colisão com estoutros princípios constitucionais, de modo que sua aplicação comporta *graus de cumprimento*.

É possível, portanto, falar em *maior ou menor cumprimento* do princípio da proporcionalidade: *dentre os meios considerados proporcionais* (= que atendem ao princípio da proporcionalidade), é possível, ao menos em tese, identificar *meios mais proporcionais* do que outros (= que concretizam e atendem melhor ao princípio da proporcionalidade). Embora se possa afirmar que o princípio da proporcionalidade é cumprido (meio proporcional) ou não o é (meio desproporcional), não há negar a existência de meios *mais ou menos proporcionais* dentro da primeira categoria (de meios *proporcionais*). *O mesmo se diga, mutatis mutandis et servatis servandis, a respeito do princípio da razoabilidade.*

5. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são *princípios gerais de Direito* que independem do Estado Democrático de Direito para existir, podendo ser aplicados em Estados autoritários, embora se deva reconhecer que é no Estado Democrático de Direito que eles são capazes de desenvolver todas as suas potencialidades.

O princípio da proporcionalidade, ancorado na ideia de proporção, é uma *exigência da razão humana*, decorrência da “natureza das coisas”.

A nosso ver, o princípio da proporcionalidade não é sequer um princípio exclusivamente jurídico, espraiando-se sobre toda atividade humana racional, ainda que aplicado sem a consciência efetiva de seu uso. A título meramente ilustrativo, que empresário, na sua atividade cotidiana, pode prescindir de meios adequados para atingir os fins a que se propõe? Que empresário usaria meios desnecessários (mais custosos, gravosos) para atingir os resultados desejados? Que empresário deixaria de sopesar as vantagens e as desvantagens (relação custo-benefício) dos meios por ele empregados para alcançar os resultados por ele esperados? Uma atividade empresarial exercida dessa forma estaria fadada ao insucesso...

Portanto, o princípio da proporcionalidade irradia -se para além das fronteiras do Direito, constituindo uma exigência da própria racionalidade humana.

6. O princípio da proporcionalidade é um *princípio relacional*: estabelece as *relações entre meios e fins*. É composto de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No exame da *adequação*, estabelece-se uma relação de comparação entre o meio e o fim (*relação meio-fim*); na análise da *necessidade*, a relação de comparação se dá entre os vários meios que passaram no teste da aptidão, isto é, entre os meios considerados aptos, eficazes (*relação meio-meio*); por fim, na verificação da *proporcionalidade em sentido estrito*, a relação de cotejo ocorre entre o meio e o fim

(*relação meio-fim*), ou seja, comparam-se as desvantagens do *meio* com as vantagens trazidas pelo alcance do *fim*, e não as vantagens do meio com as suas desvantagens (*relação vantagens-desvantagens do mesmo meio*).

7. A *sequência lógica* de análise dos três elementos é esta: (1º) adequação; (2º) necessidade; (3º) proporcionalidade em sentido estrito.
8. O exame da proporcionalidade em abstrato de uma norma ou de um ato administrativo geral não exclui a análise da proporcionalidade *in concreto*, exames estes que se complementam.
9. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são aplicáveis como meio de solução de conflitos *entre regras e entre princípios e regras*.

A doutrina e a jurisprudência são contestes em reconhecer o papel do princípio da proporcionalidade na solução da colisão entre princípios, otimizando-lhes, fática e juridicamente, a aplicação e harmonizando-os à luz das particularidades do caso concreto de tal sorte que nenhum deles seja declarado inválido. O princípio da proporcionalidade é largamente empregado para *sopesar* os princípios e valores envolvidos e estabelecer a denominada *relação de precedência condicionada* entre os princípios colidentes.

Embora não se resuma à *ponderação* de bens e valores³, o princípio da proporcionalidade é uma das mais expressivas e relevantes *técnicas de ponderação*.

Tanto assim o é que Alexy extraiu da regra parcial da *proporcionalidade em sentido estrito* a sua conhecida *lei da*

ponderação, bem assim a sua recente *fórmula de peso*.

Acerca da relação entre a sua “lei da ponderação” e o subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu*, clarifica Alexy:

Os princípios da adequação e da necessidade originam-se da obrigação de uma realização tão extensa quanto possível relativamente às possibilidades reais. Elas expressam a idéia de “otimidade” de Pareto (Pareto-optimality). O princípio da proporcionalidade em sentido estrito origina-se da obrigação de uma realização tão extensa quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas, isto é, relativamente, no geral, a princípios que se contracomparam. Aqui nós estamos tratando de balanceamento ou sopesamento num sentido estrito e verdadeiro. Isto é necessário sempre que o cumprimento de um princípio conduza ao não-cumprimento de outro, portanto sempre que um princípio somente seja realizável à custa de outro. Para este tipo de caso, a seguinte lei de ponderação pode ser formulada: Quanto mais intensa interferência em um princípio, mais importante é a realização do outro princípio (Alexy, 1996, p. 146).⁴

Entretanto, em conformidade com o entendimento precedentemente por nós esposado de que: (a) as *regras* não são infensas à *ponderação*, de sorte que a *subsunção* não é o único modo de aplicação das regras; (b) *ponderação*, *subsunção* e *interpretação* estão indissociavelmente ligadas, pois não há como ponderar e subsumir sem antes interpretar; (c) o *conflito de regras* pode ser resolvido no plano da *validade* ou no da *aplicação* (*i.e.*, sem a declaração de invalidade de uma das regras); e (d) a dimensão de peso ou importância *não é privativa* dos princípios, propugnamos pela aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como meio de solução de conflitos *entre regras e entre princípios e regras*.

Em verdade, a práxis jurisprudencial do STF tem revelado a utilização, ainda que implícita, do princípio da proporcionalidade para solucionar tais espécies de conflito. Subministremos um exemplo emblemático de conflito *entre regra e princípio* solvido com espeque no princípio da proporcionalidade.

No caso da Reclamação nº 1067, o STF manteve decisão de um juiz que deferira pedido de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública determinando o pagamento imediato de certa verba, em aparente afronta à decisão do STF na ADC nº 4, que a proibira, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Sucede que se cuidava de uma parcela relativa à pensão devida a uma viúva idosa, suprimida pelo órgão previdenciário em desconformidade com jurisprudência sedimentada do STF a seu respeito em inúmeros casos concretos por este apreciados. O STF enfrentou o seguinte dilema: deveria garantir o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da sua decisão na ADC nº 4 — *os quais, pela estrutura de sua formulação, constituem normas-regras* —, que aparentemente estavam sendo desrespeitados pela decisão antecipatória da tutela, ou deveria prestigiar a sua firme jurisprudência quanto à questão de fundo, observada pela decisão antecipatória da tutela, bem como o *princípio da efetividade da prestação jurisdicional*, já que a pensionista provavelmente já não estaria viva após o trânsito em julgado da sentença que lhe garantisse o direito à verba pleiteada?

Na oportunidade, o STF escolheu a segunda opção, firmando a seguinte diretriz: sempre que a decisão reclamada estivesse, no

concernente à questão de fundo, em harmonia com a jurisprudência do próprio STF (*mesmo que desprovida de efeito vinculante e eficácia erga omnes*), aquela não deveria ser cassada, ainda que proferida em descompasso com a decisão da ADC nº 4. Eis a ementa da Rcl-AgR nº 1067:

1 - Tutela antecipada concedida para reconhecimento do direito da viúva do servidor à percepção da integralidade da pensão, com fundamento no art. 40, § 5º, da Constituição.
2 - Reclamação buscando garantia da autoridade da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4.
3 - Liminar indeferida, por implausibilidade da alegação, pelo reclamante, de dano irreparável, ante a coincidência, na questão de fundo (integralidade da pensão), entre o sentido da decisão reclamada e a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal⁵.

De feito, essa solução é a mais justa, razoável e proporcional, visto como seria formalismo extremamente prejudicial à parte exigir que esta percorresse todas as instâncias recursais, eventualmente até o STF, simplesmente para que pudesse obter o que já se sabe de antemão que o mesmo STF lhe asseguraria em grau de recurso, correndo ela o risco de falecer no curso da lide sem alcançar a satisfação da sua pretensão, cabendo aos seus herdeiros usufruírem do bem da vida pelo qual tanto lutou. O ônus para a parte seria imenso⁶, ao passo que o benefício para o órgão previdenciário consistiria apenas na rolagem da dívida, de sorte que os malefícios advindos dessa medida superariam os benefícios, tornando-a ofensiva ao princípio da proporcionalidade (*especialmente ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*).

É certo que, ao depois, no julgamento final da referida Rcl nº 1067, o STF considerou que, em verdade, a decisão

reclamada não violava a decisão na ADC nº 4, visto que esta não alcançava as demandas *previdenciárias*⁷, porquanto a Lei nº 9.494/97 (objeto da ADC nº 4) só abrangeria *servidores públicos*. Todavia, a diretriz fixada originalmente permaneceu válida, continuando a ser aplicada pelo STF a outros processos⁸.

Em outros casos, o STF, apesar de afirmar textualmente que a decisão reclamada *não observava* o efeito vinculante da ADC nº 4 (ou seja, *descumpria essa norma-regra*), não a cassava, justamente porque coincidente, quanto à matéria de fundo, com jurisprudência (não vinculante) do mesmo STF, prestigiando assim o princípio fundamental da efetividade da prestação jurisdicional. Confira-se o seguinte paradigma:

RECLAMAÇÃO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - ALEGADO DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE DE JULGAMENTO EFETUADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADC 4-DF) - PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO - BENEFICIÁRIA QUE TEM 86 ANOS DE IDADE - DECISÃO RECLAMADA QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO STF - CIRCUNSTÂNCIA QUE RECOMENDA O INDEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Não se justifica a concessão de medida liminar, em sede de reclamação, se a decisão de que se reclama — embora NÃO OBSERVANDO a eficácia vinculante que resultou do julgamento de ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º) — ajustar-se, com integral fidelidade, à jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exame da questão de fundo (auto-aplicabilidade do art. 40, § 5º, da Constituição, na redação anterior à promulgação da EC nº 20/98, no caso). - A eventual outorga da medida liminar comprometeria a efetividade do processo, por frustrar, injustamente, o exercício, por pessoa quase nonagenária, do direito por ela vindicado, e cuja relevância encontra suporte legitimador na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹.

Embora no acórdão cuja ementa foi acima transcrita não haja nenhuma alusão aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não é necessário esforço exegético para concluir pela sua aplicação implícita ao caso.

10. Não obstante contribua decisivamente para a otimização da atividade administrativa e legislativa, o princípio da proporcionalidade não constitui panaceia jurídica.

De feito, em incontáveis situações, o princípio da proporcionalidade não terá o condão de determinar qual a única solução correta nem, muitas vezes, qual a *melhor* solução. Em face da própria complexidade da vida na pós-modernidade, o princípio da proporcionalidade, muita vez, limitar-se-á a indicar *um leque de soluções proporcionais*, em lugar de uma única solução proporcional.

11. O princípio da proporcionalidade assume para o administrador (ou legislador) um papel diferente do que pode desempenhar para o Poder Judiciário. É que o administrador e o legislador podem e devem pautar sua atividade administrativa e legiferante, respectivamente, pelo princípio da proporcionalidade, devendo priorizar as escolhas que melhor atendam a esse princípio, ou seja, devem fazer as escolhas *mais proporcionais* dentre o rol de escolhas proporcionais. Ao fazê-lo, prestigiam os princípios constitucionais envolvidos, assinaladamente o da *eficiência* (CF/88, art. 37, *caput*) e da própria *proporcionalidade*.

Ocorre que, para o Poder Judiciário, o princípio da proporcionalidade não tem a mesma eficácia, seja porque (a) a ausência de parâmetros *empíricos* ou *jurídicos* seguros pode impedir um juízo revestido de certeza sobre qual a solução

mais proporcional dentre as proporcionais, seja porque (b) outros princípios constitucionais — como o da separação dos Poderes e o da segurança jurídica — *limitam* a eficácia do *próprio princípio da proporcionalidade* quando utilizado pelo Poder Judiciário no controle de atos administrativos ou legislativos, impedindo-o de declarar a nulidade desses atos administrativos ou legislativos sob o fundamento de que, *embora não sejam desproporcionais, não seriam os mais proporcionais*.

Não deve causar espécie essa possibilidade de o princípio da proporcionalidade ter sua eficácia excepcionalmente *limitada ou comprimida* pela eficácia de outros princípios constitucionais colidentes. Ora bem, se todas as normas jurídicas (princípios ou regras) podem sofrer limitações decorrentes da eficácia de princípios constitucionais, por que o princípio da proporcionalidade não poderia? O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional *positivado* (embora não explicitamente) e, como tal, recebe o influxo de outros princípios constitucionais *positivados*. Malgrado sua nobilíssima origem (princípio geral de Direito decorrente da própria razão humana), o princípio da proporcionalidade *não está acima da Constituição* e dos *demais princípios consagrados por esta*, devendo ser *compreendido* à luz dos demais princípios e regras *igualmente positivados* na Constituição. Como já decidiu o STF, não há inconstitucionalidade entre normas constitucionais emanadas do Poder Constituinte *originário*, de jeito que as aparentes antinomias entre elas devem ser resolvidas mediante *interpretação sistemática capaz de compatibilizá-las*

e harmonizá-las entre si.

Em verdade, o STF já foi além: chegou a afirmar, em mais de um julgamento, que o princípio da proporcionalidade *nem sempre é aplicável*: sua aplicação poderia ser *integralmente afastada, excluída* por outra norma constitucional. O STF entende que, se a Constituição formular um “juízo explícito de prevalência” em favor de um princípio, *afasta por completo, ipso facto*, qualquer espécie de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nessa linha, merece destaque o julgamento do HC nº 80.949 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU: 14.12.2001, p. 26, informativo nº 250 do STF), em que o STF, *expressis verbis*, afastou inteiramente a aplicação do princípio da proporcionalidade por considerar que a CF/88 havia feito um “juízo explícito de prevalência” em favor do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo (CF/88, art. 5º, LVI), o qual não poderia ter sua eficácia limitada por nenhum outro princípio constitucional com esteio no princípio da proporcionalidade, imunizando-o a qualquer ponderação pelo intérprete/aplicador, conferindo, dessarte, uma rigidez adamantina àquele princípio. Da ementa, consta o seguinte:

[...] II. *Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscricção da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: CONSEQÜENTE IMPERTINÊNCIA DE APELAR-SE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE — À LUZ DE TEORIAS ESTRANGEIRAS INADEQUADAS À ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA — para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita,*

considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [...]”¹⁰

Tal entendimento foi, ao depois, reiterado pela Suprema Corte, com apoio incluídamente em magistério doutrinário. Confira-se a esse respeito o voto do Relator, Min. Celso de Mello, no acórdão proferido no RHC nº 90376, acompanhado à unanimidade pelos demais ministros votantes. Dele colhe -se o seguinte excerto:

Cabe referir, nesse ponto, o magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER (Liberdades Públicas e Processo Penal, p. 151, itens nºs. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT), para quem — tratando-se de prova ilícita, especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional — não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado:

“A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros [...]”.

Por isso mesmo, Senhores Ministros, assume inegável relevo, na repulsa à “crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria”, a advertência de LUIS ROBERTO BARROSO, que, em texto escrito com a colaboração de ANA PAULA DE BARCELLOS (A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas in RDA 213/149-163), rejeita, com absoluta correção, qualquer tipo de prova obtida por meio ilícito, demonstrando, ainda, o gravíssimo risco de se admitir essa espécie de evidência com apoio no princípio da proporcionalidade [...].

Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, em sendo alegado pelo Poder Público, não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

Esse postulado, portanto, não deve ser invocado nem

aplicado indiscriminadamente pelos órgãos do Estado, ainda mais quando se acharem expostos, a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição.¹¹

12. A ausência de parâmetros *empíricos* ou *jurídicos* seguros pode impedir um juízo revestido de certeza — quer pelo Judiciário, quer pelo Executivo e pelo Legislativo — sobre qual a solução *mais proporcional* dentre as proporcionais impõe o reconhecimento de três áreas distintas: uma *zona de proporcionalidade* (área de certeza positiva), uma *zona de desproporcionalidade* (área de certeza negativa) e uma *zona intermédia* entre elas (área de incerteza).
13. A existência dessas três zonas suscita uma relevante questão: como o Poder Judiciário deve agir quando instado a sindicat a infringência à proporcionalidade quando o ato impugnado se insere dentro da zona intermediária de incerteza? Antolha -se-nos que deve prestigiar a escolha administrativa ou legislativa diante da ausência de parâmetros empíricos e jurídicos seguros de controle, bem como em atenção ao princípio da separação de Poderes, bem assim em homenagem à presunção de legitimidade dos atos administrativos e à presunção de constitucionalidade das leis.
14. O conteúdo do princípio da razoabilidade é mais *fluido e impreciso* do que o do princípio da proporcionalidade. Com efeito, o princípio da proporcionalidade possui uma *estrutura, analiticamente* composta de três elementos ou subprincípios, *mais bem definida* do que o princípio da razoabilidade. A relação entre tais princípios não é de *fungibilidade*, mas de *complementaridade*: cada qual tem sua valia intrínseca.

15. A razoabilidade de uma medida exige a satisfação cumulativa destes dois elementos: *racionalidade* (ausência de vícios *no raciocínio lógico ou na argumentação prática*) e *consenso* (*aceitação por uma comunidade*). A racionalidade pressupõe, portanto, possibilidade de *justificação* racional. Por sua vez, o consenso não precisa ser *universal*: basta que corresponda ao *senso comum*, que atenda ao *bom senso* do *homo medius*.

Com efeito, à diferença do princípio da proporcionalidade, cujos elementos foram notavelmente desenvolvidos pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemão) após a Segunda Guerra Mundial, o princípio da razoabilidade floresceu e desenvolveu-se no sistema anglo-americano da *Common Law*.

Contudo, nesse sistema alude-se não ao princípio da razoabilidade, mas ao da *irrazoabilidade* (*unreasonableness*), embora não haja referência ao princípio da *desproporcionalidade*, mas apenas ao da proporcionalidade (*proportionality*).

Tal fato já diz algo sobre o papel desempenhado pelo princípio da irrazoabilidade no sistema da *Common Law*: trata-se de um instrumento para controlar a *absurdez* da lei e da atividade administrativa sob o prisma eminentemente *negativo*, ou seja, o controle judicial com base no princípio da irrazoabilidade cingir-se-ia a declarar a nulidade de ato legal ou administrativo *manifestamente* absurdo, irrazoável (*unreasonable*).

Essa concepção restritiva do controle judicial com base na razoabilidade alcançou sua máxima expressão no

juízo do caso *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, mais conhecido como *Wednesbury case*, realizado em 1948 pelo Tribunal de Apelação britânico.

Nesse histórico julgamento, o Presidente do Tribunal (*Master of the Rolls*), Lord Greene, assentou as seguintes premissas:

It is true the discretion must be exercised reasonably. Now what does that mean? Lawyers familiar with the phraseology commonly used in relation to exercise of statutory discretions often use the word “unreasonable” in a rather comprehensive sense. It has frequently been used and is frequently used as a general description of the things that must not be done. For instance, a person entrusted with a discretion must, so to speak, direct himself properly in law. He must call his own attention to the matters which he is bound to consider. He must exclude from his consideration matters which are irrelevant to what he has to consider. If he does not obey those rules, he may truly be said, and often is said, to be acting “unreasonably”. Similarly, there may be something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority. Warrington L.J. in Short v. Poole Corporation [1926] Ch. 66, 90, 91 gave the example of the red-haired teacher, dismissed because she had red hair. That is unreasonable in one sense¹². In another sense it is taking into consideration extraneous matters. It is so unreasonable that it might almost be described as being done in bad faith; and, in fact, all these things run into one another.¹³

Dessarte, para Lord Greene, há três sentidos para irrazoabilidade: (a) levar em consideração elementos estranhos ao caso, (b) deixar de considerar os elementos relevantes para a solução do caso e (c) comportar-se de maneira que nenhuma outra autoridade pública se comportaria, isto é, de modo tão absurdo e irrazoável que convizinhasse da má-fé.

Desde então, tais premissas ficaram conhecidas

como a *irrazoabilidade de Wednesbury* (*Wednesbury unreasonableness*) e passaram a servir de referência obrigatória para os julgados posteriores, legitimando o *Wednesbury test*. Todavia, hodiernamente há uma forte tendência de abandono¹⁴ do conceito restritivo de irrazoabilidade perfilhado no caso *Wednesbury*, nomeadamente na terceira premissa (segundo a qual irrazoável é a conduta que nenhuma outra autoridade pública adotaria, salvo se estivesse de má-fé).

É que, a prevalecer a concepção de irrazoabilidade plasmada no caso *Wednesbury*, o próprio princípio britânico da irrazoabilidade corre o sério risco de ser relegado a obliúvio, pela sua reduzidíssima utilidade (só serviria para controlar atos *extremamente irrazoáveis*) e pela inevitável e crescente utilização do princípio da proporcionalidade no Direito inglês, em virtude da integração do Reino Unido à União Europeia, onde o princípio da proporcionalidade é intensamente aplicado¹⁵.

Contudo, a decisão no caso *Wednesbury* teve o mérito de identificar os dois *elementos básicos* que compõem o moderno conceito de *irrazoabilidade*: a *racionalidade* (indicada na necessidade de considerar as circunstâncias relevantes e de não considerar circunstâncias impertinentes ao caso) e o *consenso* (indicado, ainda que de forma exagerada, na referência à conduta que nenhuma outra autoridade pública ousaria adotar).

Apesar de, confessadamente, potencializar ao extremo a necessidade de *objetivar o consenso*, Lord Greene chamou a atenção para o risco da adoção de conceitos *subjetivos* de

irrazoabilidade, porquanto o que é irrazoável para uns pode não o ser para outros, mesmo que todos estejam de boa-fé em busca da verdade:

It is true to say that, if a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere. That, I think, is quite right; but to prove a case of that kind would require something overwhelming... It is not what the court considers unreasonable, a different thing altogether. If it is what the court considers unreasonable, the court may very well have different views to that of a local authority on matters of high public policy of this kind. Some courts might think that no children ought to be admitted on Sundays at all, some courts might think the reverse, and all over the country I have no doubt on a thing of that sort honest and sincere people hold different views. The effect of the legislation is not to set up the court as an arbiter of the correctness of one view over another. It is the local authority that is set in that position and, provided they act, as they have acted, within the four corners of their jurisdiction, this court, in my opinion, cannot interfere.¹⁶

Portanto, como afirmado acima, a razoabilidade de uma medida exige a satisfação *cumulativa* desses dois elementos: *racionalidade* (ausência de vícios *no raciocínio lógico ou na argumentação prática*)¹⁷ e *consenso* (*aceitação por uma comunidade*). A racionalidade pressupõe, portanto, possibilidade de *justificação* racional. Por sua vez, o consenso não precisa ser *universal*: basta que corresponda ao *senso comum*, que atenda ao *bom senso* do *homo medius*¹⁸.

Nessa ordem de ideias, exprime-se Manuel Atienza:

La idea de que parto es que lo razonable también es racional (tomada esta expresión en un sentido amplio), aunque lo racional pueda no ser razonable: todo lo razonable es racional, pero no todo lo racional es razonable. Una decisión jurídica es

*razonable en sentido estricto si, y sólo si, 1) se toma en situaciones en que no podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso.*¹⁹

16. À semelhança do princípio da proporcionalidade, é possível falar em *maior ou menor cumprimento* do princípio da razoabilidade: *dentre os meios considerados razoáveis* (= que atendem ao princípio da razoabilidade), é factível, ao menos em tese, identificar *meios mais razoáveis* do que outros (= que concretizam e atendem melhor ao princípio da razoabilidade). Embora se possa afirmar que o princípio da razoabilidade é cumprido (meio *razoável*) ou não o é (meio *irrazoável*), não há negar a existência de meios *mais ou menos razoáveis* dentro da primeira categoria (de meios *razoáveis*).
17. Outrossim, é igualmente imperioso reconhecer a existência de uma *zona de razoabilidade* (área de certeza positiva), de uma *zona de irrazoabilidade* (área de certeza negativa) e de uma *zona intermediária* (área de incerteza).
18. Há uma *ordem lógica* na análise da razoabilidade: *primeiro* analisa-se a razoabilidade *in abstracto* da norma e, *em seguida*, aprecia-se a razoabilidade da norma *in concreto*, à luz das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto.

É verdade que uma das vertentes mais relevantes da razoabilidade é a sua aplicação como dever de *harmonização do geral com o individual, ou seja, como dever de equidade (razoabilidade-equidade)*.

De fato, as *próprias normas* podem desatender os ditames da proporcionalidade e da razoabilidade *em tese* (v.g.:

uma série de hipóteses de aplicação compreendidas na norma, *abstratamente identificáveis*, revela-se desproporcional ou irrazoável) *ou em casos concretos específicos* (ou seja, quando a ofensa à proporcionalidade e/ou à razoabilidade só possa ser verificada examinando-se as peculiaridades do caso concreto).

Assim, tanto os critérios hermenêuticos tradicionais (literal, teleológico, sistemático, histórico-evolutivo, etc.) como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem ser utilizados para *evitar aplicações injustas, irrazoáveis, desproporcionais, não equitativas de normas*.

Aliás, uma das missões mais sublimes do julgador é a de *amoldar* o comando genérico e abstrato da lei às situações concretas da vida. Com efeito, qualquer leguleio, e até mesmo um computador, é capaz de fazer uma operação simples de subsunção de uma situação fática a uma situação prevista normativamente, mas a complexidade da vida exige muito mais do julgador para que se alcancem a justiça e a paz social. Para atingir esse desiderato, o juiz, interpretando todo o sistema, pode usar dos métodos hermenêuticos para fazer *interpretações corretivas* e, quando o sentido da norma for de tal sorte inequívoco que impeça uma interpretação corretiva, pode até mesmo *afastar sua aplicação ao caso concreto ou sua própria validade* com esteio nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No entanto, *nem sempre é possível* delimitar *abstratamente e a priori* se a *própria lei* ou o *ato administrativo geral* malferem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Portanto, *a própria norma, abstratamente considerada, deve ser razoável, ou seja, justificável racionalmente e lastreada num consenso mínimo (aceitável pelo senso comum), embora essa razoabilidade nem sempre seja fácil de ser aferida no plano normativo e a priori.*

Dessarte, o exame da razoabilidade em abstrato de uma norma ou de um ato administrativo geral não exclui a análise da razoabilidade *in concreto*, exames estes que se complementam.

19. A normatividade dos atos administrativos regulatórios, se aceita, não obsta, *de per se* só, ao seu controle judicial com espeque nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, visto que tais princípios também se prestam para controlar a validade de atos de caráter normativo, incluídos os com força de lei.

Entretanto, quanto à intensidade desse controle judicial, postula-se, doutrinária e jurisprudencialmente, certa *autocontenção (self restraint)* da parte do Judiciário, em virtude da natural complexidade de interesses envolvidos no ato regulatório, a reclamar uma prudente consideração das *consequências* geradas pela abrupta modificação do delicado subsistema regulado, maiormente em se tratando de ações de caráter coletivo. Os *impactos sistêmicos* devem ser detidamente ponderados pelo magistrado, num cauteloso juízo de *prognose* (abordagem *consequencialista*), devendo -se prestigiar, tanto quanto possível, as decisões *técnicas* das agências reguladoras, evitando-se que o juízo técnico da agência reguladora seja simplesmente substituído pelo juízo técnico dos peritos judiciais, os quais, por via de regra, não têm a

mesma visão global da agência reguladora.

20. Os tratadistas, de modo geral, tanto os nacionais como os estrangeiros, soem empregar os termos “sindicar”, “controlar”, “fiscalizar”, “apreciar”, “rever”, “revisar”, “examinar”, “investigar” e termos quejandos em relação ao ato administrativo, especialmente no que toca ao mérito administrativo, como se fossem sinônimos de “anular”, “declarar a nulidade”, “invalidar”, “corrigir”, “substituir”, “modificar”, “alterar”. A jurisprudência pátria também procede a essa indevida e inconveniente associação. Todavia, essa sinonímia, embora possa existir na linguagem cotidiana, deve ser evitada na linguagem científica, que demanda maior precisão.

Com efeito, “apreciar” um ato administrativo não é o mesmo que “anular” esse ato. Da “apreciação” do ato administrativo pode resultar, *ou não*, a sua “anulação”: a anulação do ato é uma possível consequência da atividade de “apreciação”.

Da mesma forma, “controlar” judicialmente o ato administrativo não equivale a “invalidá-lo” nem a “corrigir-lhe” os eventuais defeitos: “controlar” judicialmente o ato administrativo é simplesmente *analisá-lo, perscrutá-lo, examiná-lo* judicialmente. Como *decorrência* desse *controle*, poderá, *eventualmente*, advir a anulação, a correção, a substituição ou a modificação do ato administrativo.

Portanto, impende deixar bem claro que “sindicar”, “controlar”, “fiscalizar”, “apreciar”, “rever”, “revisar”, “examinar” e termos equiparentes configuram uma atividade de *mera cognição*, e não *de decisão*. A atividade *decisória* é *qualitativamente diversa* e necessariamente *posterior*

à atividade *cognitiva*. “Anular”, “declarar a nulidade”, “invalidar”, “corrigir”, “substituir”, “modificar”, “alterar” são atividades de natureza *decisória* que podem, *ou não*, subseguir-se à “análise”, ao “estudo”, à “apreciação” do ato administrativo. Se, após o “controle” do ato administrativo (atividade *de cognição*), o juiz não encontrar nenhum vício a maculá-lo, não haverá “anulação”, “substituição” ou “correção” a ser determinada; se, ao revés, depois de “sindicar” o ato administrativo, o juiz deparar algum vício no ato, poderá então “anulá-lo”, “substituí-lo”, “corrigi-lo” (atividade *decisória*).

Embora essa confusão entre a *atividade cognitiva* e o *resultado eventualmente dela derivante* (atividade *decisória*) seja até frequente na linguagem coloquial, na linguagem científica essa confusão conceitual dificulta sobremodo a compreensão da matéria.

A essa luz, quando se diz que o “mérito do ato administrativo é *insindicável* pelo Poder Judiciário”, quer-se significar, no mais das vezes, que o mérito do ato não pode ser *substituído* pelo juiz, isto é, que o juiz não pode substituir o juízo de mérito do administrador (= juízo de conveniência e oportunidade) pelo seu próprio juízo de mérito (atividade *decisória*).

Contudo, tal expressão não pode jamais significar que o mérito do ato administrativo não possa ser *analisado, apreciado, investigado, examinado* judicialmente (atividade *meramente cognitiva*). *Nenhum aspecto* do ato administrativo, discricionário ou vinculado, escapa ao *controle* judicial: até mesmo o *mérito* do ato administrativo

discricionário (*conveniência e oportunidade*) está sujeito ao controle, à apreciação, à sindicância, ao exame judicial (atividade *meramente cognitiva*). A *cognição judicial* sobre o ato administrativo, no sistema jurídico-positivo brasileiro, é a *mais ampla possível*: incide sobre *todos os aspectos* do ato administrativo, *sem exceção*. Ademais, não há atos administrativos, que, por sua natureza, sejam insuscetíveis de controle, de exame, de apreciação, pelo Poder Judiciário.

21. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade impõem a análise de *todos os aspectos* do ato administrativo, pois nenhum desses aspectos pode subsistir validamente se ultrapassar as fronteiras da proporcionalidade e da razoabilidade: tais princípios constitucionais aplicam-se a *toda* a atividade administrativa.

Até mesmo a *conveniência e a oportunidade* do ato administrativo (= mérito) submetem-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Contemporaneamente, assim como já não se pode falar em mera “reserva legal”, que foi substituída pela “reserva legal proporcional e razoável”, também já não se pode falar em mera “conveniência e oportunidade”, mas em *conveniência e oportunidade proporcionais e razoáveis*, porquanto o juízo irrazoável ou desproporcional de *conveniência* ou de *oportunidade* é *inconstitucional*.

Dessarte, todos os aspectos do ato administrativo, incluídos os juízos de *conveniência* e de *oportunidade* que compõem o “mérito” do ato discricionário, devem passar pelos *testes da proporcionalidade e da razoabilidade*.

22. O mérito do ato administrativo discricionário (juízo de con-

veniência e oportunidade), além de *integralmente sindicável, analisável* (no sentido de *cognoscível*) pelo Judiciário, é *também* passível de anulação, correção ou substituição pelo Judiciário (atividade *decisória reformadora*) *quando vulnerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Ou seja: a *cognição* do mérito do ato administrativo pelo Judiciário é *plena e profunda*: o *poder de anulá-lo, substituí-lo ou reformá-lo*, com fulcro nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é que é *limitado*, pois tal poder só é exercitável *se e na exata medida* em que houver ofensa a tais princípios constitucionais.

Não há, pois, no ato administrativo discricionário um *núcleo incognoscível pelo Judiciário*: o que há é um *núcleo imodificável pelo Judiciário*, a saber: aquele *núcleo* que não tenha desbordado dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade (= núcleo proporcional e razoável).

Assim, o juízo administrativo de oportunidade e conveniência será, em primeiro lugar, *amplamente* sindicado, analisado, perquirido (= juízo *cognitivo*) pelo magistrado à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; em seguida, verificando o magistrado que o juízo administrativo de conveniência e oportunidade se conteve dentro dos lindes da razoabilidade e da proporcionalidade, *manterá a higidez desse juízo*, declarando que *não pode anulá-lo, corrigi-lo ou substituí-lo* porque legitimamente exercido pela Administração, caso em que julgará *improcedente* o pedido de anulação, correção ou substituição (*com resolução do mérito processual*), em vez de extinguir o processo *sem resolução do mérito processual por impossibilidade jurídica*

do pedido.

- 23.** Não há diferença ontológica substancial entre a discricionariedade técnica e a discricionariedade pura, quer no que respeita ao exame da proporcionalidade e da razoabilidade, quer no que concerne aos efeitos das decisões judiciais. A essa luz, a discricionariedade *técnica* seria apenas uma *espécie* de discricionariedade administrativa *pura*, a qual admite juízos de ordem política, econômica, social, *técnica*, etc.

Assim sendo, não há nenhuma excepcionalidade no controle judicial da proporcionalidade e da razoabilidade da discricionariedade técnica em relação à discricionariedade administrativa pura: os *juízos técnicos* da Administração devem ser *razoáveis e proporcionais*, sob pena de nulidade por inconstitucionalidade. Demais disso, *nos mesmos casos* em que é admissível a *substituição direta* do ato pela decisão judicial em relação aos atos discricionários em geral (discricionariedade *pura*), será igualmente cabível a *substituição* do ato praticado com báculo em discricionariedade *técnica* (como, *v.g.*, nos casos em que há redução da discricionariedade a zero em face das circunstâncias concretas da situação).

- 24.** A utilização, nas normas, de conceitos jurídicos indeterminados não impõe diferenciação considerável no exame judicial da proporcionalidade e da razoabilidade dos atos administrativos, nem em relação às consequências das decisões judiciais a respeito desses atos.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não são capazes de levar o intérprete/aplicador, *em todos os casos*, a uma única solução justa. *Em alguns casos*

extraordinários, poderão fazê-lo, mas, na maioria dos casos, tal não ocorre, até mesmo porque *a proporcionalidade e a razoabilidade também são conceitos jurídicos indeterminados*.

Conquanto a proporcionalidade e a razoabilidade sejam, elas mesmas, conceitos jurídicos indeterminados, ambas atuam na *interpretação* desses conceitos e na *redução da indeterminação* (imprecisão, vagueza, ambiguidade) que caracteriza os conceitos jurídicos determinados.

Com efeito, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade excluem as interpretações irrazoáveis e desproporcionais, estreitando, dessarte, o “halo conceitual” (zona de incerteza) que envolve tais conceitos indeterminados e colaborando para a redução do grau de indeterminação desses conceitos.

De fato, a plurivocidade interpretativa ocorre, só e unicamente, entre interpretações razoáveis e proporcionais: não há possibilidade de escolha entre interpretações razoáveis e proporcionais e interpretações irrazoáveis e desproporcionais. Assim, ao reduzir o leque de interpretações possíveis, por meio da exclusão das interpretações irrazoáveis e desproporcionais, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade restringem o grau de indeterminação dos conceitos jurídicos indeterminados.

25. A indeterminação do conceito pode decorrer tanto da *imprecisão do vernáculo* como do *contexto* em que está inserido o conceito. Pode decorrer ainda da necessidade de avaliação da situação concreta sob uma perspectiva *futura*, a demandar um *juízo de prognose*. O controle da razoabilidade e da pro-

porcionalidade sobre tais aspectos do conceito indeterminado não é excluído em nenhuma dessas hipóteses.

26. *Ainda que seja aceita a distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados*, não há diferença substancial quanto ao controle judicial da proporcionalidade e da razoabilidade dos atos administrativos respaldados em ambas as categorias, nem quanto às consequências das decisões judiciais a respeito desses atos, uma vez que é inaceitável a teoria da única solução correta atinente à clarificação dos conceitos jurídicos indeterminados.
27. A doutrina administrativista tem reconhecido a existência do fenômeno da “redução da discricionariedade a zero”, que ocorre quando um ato, *em tese, discricionário*, torna-se *vinculado* em virtude da eliminação *in concreto* da possibilidade de outra escolha admissível. Por outra forma: ao indicarem uma única solução juridicamente aceitável, as especificidades do caso concreto eliminam a discricionariedade que caracteriza o ato *in thesi*, transfazendo-o, *naquele caso*, em ato vinculado.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade assumem um papel de suma importância na redução da discricionariedade a zero, pois, juntamente com outros princípios e regras jurídicas, servem justamente para determinar *se, quais e em que medida* as peculiaridades do caso concreto justificam essa excepcional redução da discricionariedade do ato administrativo.

À conta disso, pode-se asseverar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sobre *limitarem*, no

mais das vezes, a discricionariedade dos atos administrativos, são capazes de *eliminá-la por inteiro* em casos excepcionais, constituindo valiosos instrumentos de controle do ato administrativo.

Portanto, a redução da discricionariedade a zero pode decorrer da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade pelo próprio administrador ou pelo Poder Judiciário, se instado a sindicá-la a legitimidade do ato administrativo. Nesta última hipótese, como não sobrerresta nenhuma alternativa juridicamente admissível, porquanto *só há uma única solução proporcional e razoável a ser adotada*, a decisão do Poder Judiciário pode *substituir diretamente* a decisão administrativa, não havendo falar em usurpação da discricionariedade administrativa, simplesmente porque não a há no caso concreto. O controle jurisdicional em tais situações excepcionais *não é meramente “negativo”*, mas *“positivo”*²⁰, porque há parâmetros empíricos e jurídicos hábeis a determinar qual a única solução proporcional e razoável a ser tomada.

28. Tanto os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como a teoria dos motivos determinantes constituem valiosos instrumentos de controle judicial dos atos administrativos, assinaladamente dos discricionários, que se *complementam mutuamente*.

De feito, ao vincular a Administração aos motivos determinantes invocados, mesmo nos atos em que a motivação seria dispensável (atos discricionários), a teoria dos motivos determinantes reduz a margem de discricionariedade da Administração e possibilita o controle desses motivos determinantes com fulcro nos princípios da proporcionalidade e

da razoabilidade. É difícil, senão impossível, analisar a razoabilidade e a proporcionalidade de um motivo não enunciado, não declinado, não conhecido. Não se pode controlar o que se desconhece. Demais, seria de escassa utilidade controlar a razoabilidade e a proporcionalidade de um motivo que pudesse simplesmente ser substituído por outro a qualquer momento.

Dessarte, a teoria dos motivos determinantes *amplia o raio de alcance* (âmbito de aplicação) dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como *possibilita -lhes maior eficácia*.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. Reglas y Principios en el Razonamiento Jurídico. *Anuario da Faculdade de Dereito da Coruña*, nº 4, p. 593-602, 2000.

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217. Rio de Janeiro, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad.: Zilda Hutchinson. São Paulo: Landy, 2001. 355 p.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 3ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p.

_____. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 779, p. 11-46, setembro de 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever de Fundamentação Expressa*

de Actos Administrativos. Coimbra: Almedina, 1992.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006. 240 p.

ATIENZA, Manuel. *Para una Razonable Definición de “Razonable”*. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338341924540495698802/cuaderno4/Doxa4_13.pdf. Acesso em: 11 mar. 2008.

_____. Sobre lo Razonable en el Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 9, nº 27, p. 93-110, sept./dic., 1989.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 176 p.

_____. Proporcionalidade e Direito Tributário. *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo, 2003, p. 330-347.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligador: Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932.

_____. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893. 249 p.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 419 p.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. 300 p.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004. 299 p.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: Elementos Materiais e Princípios Processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. 513 p.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 282 p.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 164 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 793 p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Trad.: Maria Celeste Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva-IDP, 2007.

_____. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Deuxième Edition Revue et Augmentée. Paris: Librairie Générale de Droit et de

Jurisprudence, 1969.

CALDERON, Juan A. Gonzalez. *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1943.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Madrid: Civitas, [s.d.]. 194 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. 1522 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 1008 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità Delle Leggi nel Diritto Comparato*. Ristampa inalterata. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1979. 134 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. 484 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. 176 p.

CONAC, Gérard; MAUS, Didier (Directeurs). *L'exception d'inconstitutionnalité: Expériences Etrangères; Situation Française*. Paris: STH — Centre de Recherche de Droit Constitutionnel de l'Université de Paris I, 1990. Les Cahiers Constitutionnels de Paris I.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992. 71 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 475 p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e*

Prática. Salvador: JusPodivm, 2006. 320 p.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. 544 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariiedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. *Dictionnaire Constitutionnel*. Paris: PUF, 1992. 1112 p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

EISENMANN, Charles. *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*. Paris: Economica — Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986. 383 p.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Tercera edición (reimpresión). Madrid: Civitas, 1988. 264 p.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004. 281 p.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da Constitucionalidade na Omissão Legislativa: Instrumentos de Proteção Judicial e seus Efeitos*. Curitiba: Juruá, 2001. 173 p.

FERNANDES, André Dias. A Inadmissibilidade de Provas Ilícitas e a Suposta Inaplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade na Visão do STF. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, nº 15/2002, v. 3, pp. 408-415, verbete nº 3/19357, 1ª quinzena de agosto de 2002.

_____. Controle de Constitucionalidade e Supremacia Constitucional: uma Nova Visão. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 333, pp. 409-423,

jan./fev./mar. de 1996; *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados* (RTJE), São Paulo, v. 156, pp. 67-89, 1997.

_____. *Eficácia das Decisões do STF em ADIn e ADC: Efeito Vinculante, Coisa Julgada Erga Omnes e Eficácia Erga Omnes*. Salvador: JusPodivm, 2009. 313 p.

_____. Inconstitucionalidade e Constitucionalidade Supervenientes, Revogação e Controle de Constitucionalidade. *Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará*, Fortaleza, ano 3, nº 6, pp. 211-227, jul./dez. de 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999. 286 p.

FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. I.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FRIESENHAHN, Ernst. *La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*. Trad. ital.: Angelo Antonio Cervati. Milano: Giuffrè, 1965. 150 p. In: Quaderni della giurisprudenza costituzionale, 4.

GALEOTTI, Serio. *La Nuova Costituzione Francese*. Milano: Giuffrè, 1960. 83 p.

GHIGLIANI, Alejandro E. *Del "Control" Jurisdiccional de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Depalma, 1952. 133 p.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte-Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo-Del Rey, 2003. Tomo I.

GORDO, Alfonso Pérez. *El Tribunal Constitucional y sus Funciones*. Barcelona: Bosch, 1982. 190 p.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003. 233 p.

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Discrecionariiedade Técnica e Agências Reguladoras: uma Abordagem em Sede Doutrinária e Pretoriana. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coordenadores). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 869-907.

_____. O Princípio da Proporcionalidade na Pós-modernidade. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr./maio/jun. de 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 03 mar. 2008.

_____. *Inovação Jurisdicional*. Rio de Janeiro: FGV-Direito Rio, s.d. Apostila. 62 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. 174 p.

_____. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista*

e “Procedimental” da Constituição. Trad.: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. 55 p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. 2. ed. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I. 354 p.

HAINES, Charles Grove. *The American Doctrine of Judicial Supremacy*. New York: Russell & Russell inc., 1959. 705 p.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. 336 p.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Jurisdição, Democracia e Direitos Fundamentais: o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. 2007. 204 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza, 2007.

KELSEN, Hans. *La Giustizia Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981. 315 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3. ed. brasileira. Trad.: Ada Pellegrini Grinover, Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 332 p.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 170 p.

LUCHAIRE, François. *Le Conseil Constitutionnel*. Paris: Economica, 1980. 435 p.

MARTÍNEZ, Asunción García. *El Recurso de Inconstitucionalidad: el Proceso Directo de Inconstitucionalidad*. Madrid: Trivium, 1992. 244 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. 235 p.

_____. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. 357 p.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como Critério do Controle de Constitucionalidade (Problemas de sua Recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros). *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 101, p. 193-233, mar. 2006.

MAURA, Andrés Ribas. *La Cuestión de Inconstitucionalidad*. Madrid: Universitat de les Illes Balears (UIB), 1991. 160 p. Cuadernos Civitas.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 936 p.

_____. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. 371 p.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*.

2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor-IBDC, 1999. 518 p.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. 327 p.

_____. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 5, agosto de 2001.

Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 mar. 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, t. III. 648 p.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. IV.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição e Inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996, t. II. 546 p.

_____. (Org.) *Perspectivas Constitucionais: nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, v. II. 1052 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia Suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 342 p.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira (Coord.). *Temas Atuais de Direito Administrativo*. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 553 p.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório: a Alternativa Participativa e Flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, A. Castanheira. *O Problema da Constitucionalidade dos Assentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. 124 p.

NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. 178 p.

NOSETE, Jose Almagro. *Justicia Constitucional: Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 1980. 447 p.

OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coordenadores). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

RODRÍGUEZ, José M. Martínez Pereda; RIVAS, Juan José González et al. (Preparadores). *Constitución Española: Doctrinas del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Segunda edición. Madrid: Colex, 1993. 804 p.

ROUSSEAU, Dominique. *La Justice Constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, 1992. 160 p. Collection: Clefs/Politique.

SÁNCHEZ-CRUZAT, Jose Manuel Bandrés. *Derecho Fundamental ao Processo Debido y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Aranzadi, 1992. 683 p.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98.

SEGADO, Francisco Fernandez. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992.

_____. *La Jurisdicción Constitucional en España*. Madrid: [s. n.], 1984. 194 p.

SIERRA, Raul Bocanegra. *El Valor de las Sentencias del Tribunal*

Constitucional. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982. 286 p. Colección: Estudios – Derecho Público.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1003 p.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Second edition. First reprint. New York: The Foundation Press, inc., 1991. 1778 p.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 413 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Nuova edizione. [Bologna]: il Mulino, 1989. 532 p.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 107 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2001. 166 p.

APÊNDICE

Gráfico das Zonas de Proporcionalidade e Desproporcionalidade

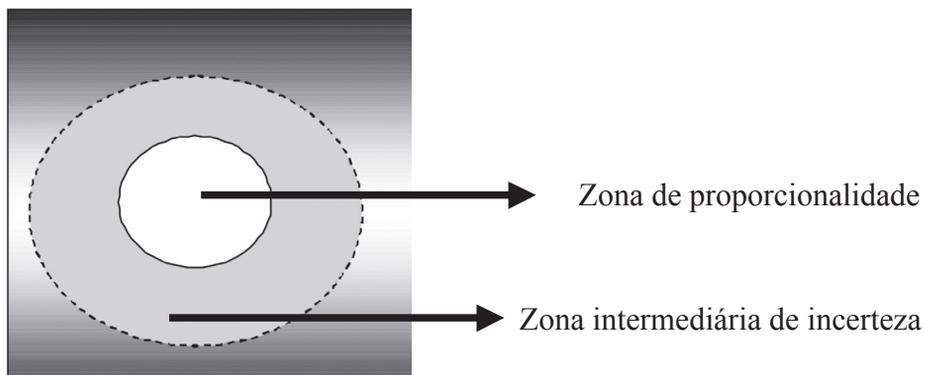
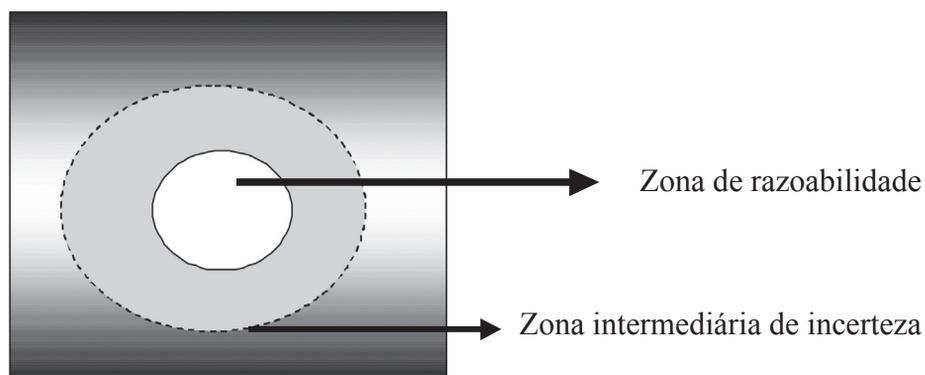


Gráfico das Zonas de Razoabilidade e Irrazoabilidade



NOTAS

¹ Versão *condensada* do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado como requisito parcial para aprovação no curso MBA em Poder Judiciário promovido pela

FGV-Direito - Rio em convênio com a Esmafe - TRF-5ª Região.

² Juiz federal substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. Mestre em Direito (UFC). MBA em Poder Judiciário (FGV).

³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130-131.

⁴ ALEXY, Robert. Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005, p. 160.

⁵ Rcl-AgR 1067/RS. Pleno. Rel.: Min. OCTAVIO GALLOTTI. DJU: 03.09.1999, p. 27. Grifou-se.

⁶ Sobretudo ao seu *direito fundamental* à efetividade da prestação jurisdicional.

⁷ O acórdão final recebeu a subseqüente ementa: “O Plenário deste Supremo Tribunal fixou o entendimento de que a decisão prolatada no julgamento liminar da ADC nº 4-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, referente à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não se aplica aos casos que tenham por objeto matéria de natureza previdenciária. Precedentes: Reclamações nºs 1.122 e 1.015, Rel. Min. Néri da Silveira; 1.014, Rel. Min. Moreira Alves. Reclamação julgada improcedente” (Rcl-AgR 1067/RS. Pleno. Rel.: Min. Ellen Gracie. DJU: 14.02.2003, p. 60.). Tal entendimento foi posteriormente cristalizado na súmula nº 729 do STF: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

⁸ Como, por exemplo, se observa na seguinte ementa: “Reclamação: descabimento: antecipação de tutela que, quanto à questão de fundo — integralidade de pensão de servidor público — está de acordo com a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal, além de se tratar de questão previdenciária, que não é alcançada pelas vedações da L. 9.494/97 objeto da ADC 4-MC. Precedentes” (Rcl-AgR 3935/CE. Pleno. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. DJU: 10.08.2006, p. 20.).

⁹ Rcl-AgR 1132/RS. Rel.: Min. Celso de Mello. Pleno. DJU: 04.04.2003, p. 39. Grifou-se.

¹⁰ HC 80.949-RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU: 14.12.2001, p. 26. Cf. Informativo nº 250 do STF. Do voto do Relator, colhe-se ainda o seguinte excerto: “[...] 17. E delas advém — quando não a recusa frontal do princípio de exclusão da prova ilícita — o apelo, sempre que se cuide da apuração de crimes graves, à necessidade de temperar a sua aplicação, em cada caso, à luz do princípio da proporcionalidade. 18. Apelo esse freqüentemente enriquecido com a invocação de parte significativa da doutrina e da jurisprudência alemãs, minudentemente resenhadas por Costa Andrade. 19. Na questão, entretanto — como em tantas outras — a recepção desavisada de teorias jurídicas estrangeiras é extremamente perigosa, pela diversidade dos dados dogmáticos de que partem, em relação ao nosso ordenamento. 20. Basta notar que, na Alemanha, a solução do problema da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no processo não arranca de norma constitucional específica, mas, ao contrário, busca fundamento em princípios extremamente fluidos da Lei Fundamental, a exemplo daquele da dignidade

da pessoa humana. 21. Na ordem constitucional brasileira, ao contrário — inspirada no ponto pelo art. 32, 6, da Constituição portuguesa —, a opção pelo repúdio à prova ilícita é inequívoca: ‘Art. 5º [...] LVI. São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.’” Grifou-se.

¹¹ RHC 90376. Relator: Min. Celso de Mello. DJU: 18.05.2007, p. 113. Grifou-se. No mesmo sentido, cf. ainda: HC 82788. Rel.: Min. Celso de Mello. DJU: 02.06.2006, p. 43.

¹² Esse exemplo de irrazoabilidade mencionado por Lord Greene — da professora demitida por ter cabelo vermelho — evidencia a estreita relação da razoabilidade com o princípio da *isonomia*: a utilização de *elementos impertinentes* como critério de discriminação na aplicação do princípio da isonomia material (“tratar desigualmente os desiguais”) é irrazoável em face do vício de raciocínio consistente na *falta de correlação lógica* entre o critério eleito e o fim visado, sendo, pois, ofensiva ao princípio da razoabilidade. Portanto, os princípios da razoabilidade e da isonomia *complementam-se*.

¹³ Disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Wednesbury_unreasonableness. Acesso em: 08 mar. 2008. Grifou-se.

¹⁴ Segundo Paul Craig, o precedente *Wednesbury* às vezes chega a ser distorcido para não se admitir sua superação por amor ao sistema de vinculação aos precedentes (*binding precedents system*) vigente no regime da *Common Law*. A insatisfação com a excessiva estreiteza do conceito de irrazoabilidade cristalizado no caso *Wednesbury* é bem retratada nesta passagem de Lord Cooke: “And I think that the day will come when it will be more widely recognised that *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 was an *unfortunately retrogressive decision in English administrative law*, insofar as it suggested that there are degrees of unreasonableness *and that only a very extreme degree can bring an administrative decision within the legitimate scope of judicial invalidation*. The depth of judicial review and the deference due to administrative discretion vary with the subject matter. It may well be, however, that the law can never be satisfied in any administrative field merely by a finding that the decision under review is not capricious or absurd.” (*Apud* LE SUEUR, Andrew. *The Rise and Ruin of Unreasonableness?* Disponível em: <http://209.85.165.104/custom?q=cache:y7e1efcuP6sJ:adminlaw.org.uk/docs/ALBA-A%2520Le%2520Sueur%2520paper.doc+unreasonableness+and+proportionality&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=5>. Acesso em: 08 mar. 2008. Grifou-se.

¹⁵ Embora ainda haja certa resistência ao emprego do princípio da *proporcionalidade* pelas cortes britânicas, há uma nítida evolução no sentido de aplicá-lo *também* aos casos em que não estejam envolvidas normas comunitárias europeias, mas apenas a *domestic law*.

¹⁶ *Apud* LE SUEUR, Andrew. *The Rise and Ruin...*, cit., p. 1. Grifou-se.

¹⁷ “Una decisión jurídica es estrictamente racional si y sólo si: 1) Respetar las reglas de la lógica deductiva (lo que Aarnio [1987, 1 y 1987, 2] llama “Racionalidad L”). Por “lógica deductiva” hay que entender aquí la lógica clásica de predicados de primer

orden. Esta lógica contiene reglas que tienen poco que ver con las formas naturales de razonar, pero ello no pone en peligro el requisito en cuestión que enuncia sólo una condición necesaria pero no suficiente: para tomar una decisión estrictamente racional hay que no incumplir una regla de la lógica, pero se pueden cumplir todas las reglas de la lógica y tomar decisiones no estrictamente racionales y, desde luego, no razonables. 2) Respetar los principios de la racionalidad práctica (lo que Aarnio [1987, 1 y 1987, 2], inspirándose esencialmente en Alexy [cfr. Alexy, 1978], llama «Racionalidad D»), a saber, los principios de: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad. 3) Se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante. 4) No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico.” (ATIENZA, Manuel. *Para una razonable definición de “razonable”*. Disponible em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338341924540495698802/cuaderno4/Doxa4_13.pdf. Acesso em: 11 mar. 2008.)

¹⁸ Nessa linha, declarando a nulidade de ato discricionário com fulcro no princípio da razoabilidade por ofensa ao *bom senso*, confira-se a seguinte ementa de acórdão do TRF-1ª Região: “DIREITO ADMINISTRATIVO. POLÍCIA SANITÁRIA. POSTO DE FISCALIZAÇÃO. ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO. LOCALIZAÇÃO INADEQUADA PARA A IMPETRANTE. *ACRÉSCIMO DE 800 KM EM SEU TRAJETO. FALTA DE RAZOABILIDADE*. 1. Não há falar que a impetrante está a se insurgir contra ato normativo, uma vez que suas atividades — industrialização e comércio de laticínios — ensejam aplicação concreta e imediata da Instrução Normativa em discussão. Mandado de segurança preventivo não pode ser confundido com mandado de segurança contra lei em tese. 2. Não há dúvida de que o mandado de segurança está-se dirigindo contra ato discricionário da Administração, perante o qual não se pode falar, a rigor, em *direito*, mas em *interesse*. Todavia, é certo que hoje não mais vige a concepção tradicional de que o ato discricionário não estaria sujeito a controle judicial. O ato discricionário está sujeito, sim, a controle perante a Constituição. O *interesse* deve, *no caso*, ser equiparado a *direito*, e, diante dos elementos juntados à inicial e em face da omissão da autoridade em negar os fatos narrados, tal direito considera-se líquido e certo. 3. *Cuida-se de controlar o ato administrativo em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O bom senso diz que não é justo obrigar empresa a dar uma volta de 800 km para se submeter a fiscalização dos produtos que transporta, um controle que, como se sabe, é quase sempre meramente burocrático. [...]*” (TRF-1ª Região, AMS 2002.43.00.000150-0/TO, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJU: 08.03.2007, p. 112). Grifou-se.

¹⁹ ATIENZA, Manuel. *Para una Razonable Definición de “Razonable”*. Disponible em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338341924540495698802/cuaderno4/Doxa4_13.pdf. Acesso em: 11 mar. 2008, p. 193. Grifou-se. Cf. também, do mesmo autor: *Sobre lo Razonable en el Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 9, nº 27, p. 93-110, sept./dic., 1989. Como se deduz do lançamento transcrito, o jusfilósofo espanhol distingue entre razoabilidade em sentido *estrito* e razoabilidade em sentido *amplo*: estúltima exige *racionalidade*, ao passo que aquela

a dispensa, priorizando o requisito do *consenso*.

²⁰ Em rigor, como referido anteriormente, o “*controle*” do ato (atividade *cognitiva*) não deve ser confundido com os seus *potenciais resultados* (anulação, modificação ou substituição do ato). Aliás, não há um nexo de causalidade *direto*, mas *meramente remoto*, entre esses potenciais resultados e o controle judicial (atividade *cognitiva*): a causa *direta* desses potenciais resultados é a atividade *decisória* exercida pelo juiz *após* a atividade *cognitiva*, ou seja, é a *decisão* do juiz, proferida *depois* da atividade *cognitiva*; a *cognição* (apreciação) é causa *remota* desses resultados, é um de seus *pressupostos* indispensáveis. Assim, a rigor, as locuções *controle negativo* e *controle positivo*, empregadas para diferenciar os *potenciais resultados do controle* (*mera anulação* do ato ou *substituição* do ato, respectivamente), padecem de certa impropriedade técnica. *Pela mesma razão*, também se ressentem de impropriedade técnica as expressões *controle judicial pleno* e *controle judicial limitado* quando alusivas à limitação ou à plenitude dos *efeitos da decisão judicial* proferida após o exame (= controle, atividade *cognitiva*) do ato administrativo: *o controle judicial sempre é pleno*; limitados ou plenos são os *potenciais efeitos da decisão judicial* prolatada após o controle judicial, conforme consistam, respectivamente, na *mera anulação* ou na *substituição direta* do ato administrativo pelo juiz.