

LUÍS ROBERTO BARROSO

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Master of Laws* pela Yale Law School.
Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

**FUNDAMENTOS DE UMA DOGMÁTICA
CONSTITUCIONAL TRANSFORMADORA**

3ª edição

1999

 **Editora
Saraiva**

ISBN 85-02-01938-4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Barroso, Luís Roberto

Interpretação e aplicação da constituição : fundamentos de uma
dogmática constitucional transformadora / Luís Roberto Barroso. —
3. ed. — São Paulo : Saraiva, 1999.

1. Direito constitucional 2. Direito constitucional - Interpretação e
construção I. Título.

99-2503

CDU-342.4

Índices para catálogo sistemático:

1. Constituição : Interpretação : Direito constitucional 342.4
2. Interpretação constitucional : Direito constitucional 342.4

1115



Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Tel.: PABX (0XX11) 861-3344 — Barra Funda
Caixa Postal 2362 — Telex: 1126789 — Fax: (0XX11) 861-3308 — Fax Vendas: (0XX11) 861-3268 — S. Paulo - SP
Endereço Internet: <http://www.saraiva.com.br>

Distribuidores Regionais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone/Fax: (0XX92) 633-4227 / 633-4782

Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 — Brotas
Fone: (0XX71) 381-5854 / 381-5895
Fax: (0XX71) 381-0959 — Salvador

BAURU/SÃO PAULO

Rua Monsenhor Claro, 255/257 — Centro
Fone: (0XX14) 234-5643 — Fax: (0XX14) 234-7401

Bauru

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico
Fone: (0XX61) 344-2920 / 344-2951
Fax: (0XX61) 344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Rua Setenta, 661 — Setor Central
Fone: (0XX62) 225-2882 / 212-2806
Fax: (0XX62) 224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (0XX67) 782-3682 — Fax: (0XX67) 782-0112

MINAS GERAIS

Rua Padre Eustáquio, 2818 — Padre Eustáquio
Fone: (0XX31) 412-7080 — Fax: (0XX31) 412-7085

Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — C.P.: 777 Batista Campos
Fone: (0XX91) 222-9034
Fax: (0XX91) 224-4817 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Alferes Poli, 2723 — Parolin
Fone/Fax: (0XX41) 332-4894

Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/

ALAGOAS/CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Rua de São Gonçalo, 132 — Boa Vista
Fone: (0XX81) 421-4246
Fax: (0XX81) 421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Rua Padre Feijó, 373 — Vila Tibério
Fone: (0XX16) 610-5843
Fax: (0XX16) 610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel
Fone: (0XX21) 577-9494 — Fax: (0XX21) 577-8867 / 577-9565

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. Ceará, 1360 — São Geraldo
Fone: (0XX51) 343-1467 / 343-7563 / 343-7469
Fax: (0XX51) 343-2986 — Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda
Fone: PABX (0XX11) 861-3344 — São Paulo

a ciência dos demais presentes, gravar a audiência e depois utilizar a fita magnética como prova, no recurso, procurando infirmar algum dado constante da ata?

A gravação clandestina é um mal e não deve ser estimulada. A privacidade, a confiabilidade no próximo, a ética das relações sociais são valores que merecem preservação. A aceitabilidade da gravação clandestina, ao menos em primeira reflexão, parece-me deva ficar confinada às hipóteses de utilização por vítima de crime.

6. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana¹⁵⁴. A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos¹⁵⁵.

Antes de procurar delimitar com precisão os contornos do princípio da razoabilidade e suas potencialidades no direito brasileiro, é de pro-

154. As dez primeiras emendas, conhecidas como *Bill of Rights*, foram aprovadas em 15-12-1791. A 5ª emenda estabeleceu que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. O preceito vinculava apenas o Governo Federal. Somente a 14ª emenda, aprovada em 21-7-1868, já após a guerra civil, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

155. O tema é versado em todos os tratados e livros de textos de direito constitucional americano. Vejam-se, por todos, Corwin, *The Constitution and what it means today*, 1978; Tribe, *American constitutional law*, cit.; Nowak, Rotunda e Young, *Constitutional law*, cit.; Gunther, *Constitutional law*, cit.; Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, *Constitutional law*, 1986; Brest e Levinson, *Processes of constitutional decisionmaking*, cit. De autores americanos, em tradução portuguesa, vejam-se Thomas Cooley, *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, 1982; Bernard Schwartz, *Direito constitucional americano*, 1966. Entre os autores nacionais, vejam-se: San Tiago Dantas, *Igualdade perante a lei e “due process of law”* (contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), *RF*, 116:357, 1948; José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo e Constituição: o devido processo legal*, s. d.; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 1989, e Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, 1973.

veito percorrer brevemente sua trajetória no direito norte-americano. O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional. De fato, ao lado do princípio da igualdade perante a lei, essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral¹⁵⁶.

Embora se tenha feito referência a duas fases, na verdade elas não se excluem, mas, ao contrário, convivem até hoje. A primeira versão do *due process*, como se disse, teve ênfase processual, com expressa rejeição de qualquer conotação substantiva que permitisse ao Judiciário examinar o caráter injusto ou arbitrário do ato legislativo¹⁵⁷. Tratava-se, inicialmente, de uma garantia voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía notadamente no direito ao contraditório e à ampla defesa¹⁵⁸, incluindo questões como o direito a advogado e ao acesso à justiça para os que não tinham recursos¹⁵⁹.

156. V. Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, cit., p. 3.

157. Representativo dessa fase é o conjunto de casos conhecidos como *Slaughterhouse cases*, 83 U. S. (16 Wall.) 36 (1873), onde a Suprema Corte recusou-se a considerar inconstitucional uma lei da Louisiana que conferia monopólio de uma atividade a determinada companhia, impedindo todas as demais pessoas e empresas de explorarem a atividade. A decisão fundou-se em que a garantia do devido processo legal destinava-se a proteger as pessoas contra as injustiças de cunho processual, o que não era o caso.

158. V. *Vitek vs. Jones*, 445 U. S. 480 (1980): "Due process requires written notice, a hearing at which evidence is heard, including a right of presentation, confrontation and cross-examination, an independent decisionmaker, a written statement by the fact-finder, effective and timely notice of rights, and qualified and independent assistance of legal counsel". V. Barron e Dienes, *Constitutional law*, cit., p. 175.

159. Vejam-se, e. g., *Boddie vs. Connecticut*, 401 U. S. 371 (1971) e *Little vs. Streater*, 452 U. S. 1 (1981).

O desenvolvimento e a afirmação do *substantive due process* marcam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável ao que se verificara quando da introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, com *Marbury vs. Madison*. É que através desse fundamento — o do devido processo legal — abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Embora se traduza na idéia de justiça, de *razoabilidade*, expressando o sentimento comum de uma dada época, não se trata de cláusula de fácil apreensão conceptual, como bem captou o *Justice Harlan*, da Suprema Corte:

“‘Devido processo’ não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada”¹⁶⁰.

De toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no Texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.

O reconhecimento dessa dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem (a) sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; (b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; (c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o *ativismo judicial* — isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas —, que se

160. Voto proferido em *Griswold vs. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965).

manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo.

A doutrina do devido processo legal substantivo começou a se delinear no final do século passado, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. A Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados. Após alguns ensaios de aplicação do *substantive due process*, a Corte finalmente invalidou, por inconstitucional, uma lei estadual que impedia que os residentes de Louisiana contratassem seguros de seus bens com empresas de fora do Estado¹⁶¹. A decisão que melhor simbolizou esse período, todavia, foi proferida em *Lochner vs. New York*, onde, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros¹⁶². Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis, inclusive a que estabelecia salário mínimo para mulheres¹⁶³. Esse período ficou conhecido como a era *Lochner*.

Sua superação se deu pelo advento do *New Deal*, após a crise de 1929. Eleito Presidente em 1932, Franklin Roosevelt deu início à edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico. Em 1935, os casos em que essa legislação era contestada começaram a chegar à Suprema Corte, que, fiel à doutrina *Lochner* e hostil ao intervencionismo estatal, passou a invalidar diversas leis importantes para o plano de recuperação econômica. Nesse ano, ao julgar o caso *Schechter Poultry Corp. vs. United States*¹⁶⁴, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação Industrial, de 1933, reputada essencial para a continuidade da ação governamental, e que continha normas sobre concorrência desleal, preços e salários, jornada de trabalho e negociações coletivas. Estabeleceu-se um confronto entre o Executivo e o Judiciário. Reeleito em 1936, no início do ano seguinte Franklin Roosevelt envia uma mensagem legislativa ao Congresso modificando a composição da Suprema Corte, com vistas a obter maioria naquele colegiado. Conhecida como

161. *Allgeyer vs. Louisiana*, 165 U. S. 578 (1897).

162. 198 U. S. 45 (1905).

163. *Adkins vs. Children's Hospital*, 261 U. S. 525 (1923).

164. 295 U. S. 495 (1935).

*court-packing plan*¹⁶⁵, a lei não foi aprovada pelo Congresso. Mas, pressionada, a Suprema Corte mudou sua orientação e abdicou do exame de mérito das normas de cunho econômico, encerrando o controle substantivo de tais leis¹⁶⁶. Foi o declínio do devido processo legal substantivo.

A terceira fase do devido processo legal substantivo teve como antecedente importante a distinção entre liberdades econômicas e não econômicas, cujo marco mais célebre foi a nota de rodapé n. 4, integrante do voto do Justice Stone ao julgar o caso *United States vs. Carolene Products*¹⁶⁷. No primeiro domínio, a atitude dos tribunais deveria ser de deferência aos outros Poderes. Mas no tocante às liberdades pessoais, inclusive e especialmente quanto à proteção das minorias, o intervencionismo judicial continuava a ser indispensável. Esses direitos e liberdades não econômicos, que incluem a liberdade de expressão, de religião, bem como direitos de participação política e de privacidade, muitos deles não decorrentes expressamente do Texto, foram a tônica do constitucionalismo americano das últimas décadas. Decisões polêmicas na área da igualdade racial, como *Brown vs. Board of Education*¹⁶⁸, dos direitos políticos, como *Reynolds vs. Sims*¹⁶⁹, e de processo penal, como *Miranda vs. Arizona*¹⁷⁰, fizeram desse período um dos mais “portentosos e tumultuados” da história da Corte¹⁷¹.

No âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal, os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, foram

165. A lei proposta consistia no seguinte: para cada juiz da Suprema Corte com idade superior a 70 anos e que estivesse exercendo a judicatura há mais de 10, poderia o Presidente nomear um novo, desde que o número total de ministros não excedesse de 15. Sobre esse tema, v. Gerald Gunther, *Constitutional law*, cit., p. 121 e s. V. também William H. Rehnquist, *The Supreme Court: how it was, how it is*, cit., p. 215 e s.

166. Um dos marcos da superação da era *Lochner* foi o julgamento de *West Coast vs. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937), onde a Corte, revertendo decisão anterior em *Adkins vs. Children's Hospital* (v. *supra*), considerou constitucional lei estadual que estabelecia salário mínimo para mulheres.

167. 304 U. S. 144 (1938).

168. 347 U. S. 873 (1954).

169. 377 U. S. 533 (1964).

170. 384 U. S. 436 (1966).

171. Stone, Seidman, Sustain e Tushnet, *Constitutional law*, cit., p. XX.

*Griswold vs. Connecticut*¹⁷² e *Roe vs. Wade*¹⁷³, onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade. Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, punindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não o admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez. Em seu voto, consignou o Juiz Blackmun:

“Este direito de privacidade..., decorra ele do conceito de liberdade pessoal da 14^a emenda, como me parece, ou dos direitos reservados previstos na 9^a emenda, é abrangente o suficiente para incluir a decisão de uma mulher sobre pôr fim ou não à sua gravidez.

(...) A lei do Texas é excessivamente abrangente. Ela não distingue entre abortos praticados no início da gravidez e os que são praticados mais adiante e o limita a uma única hipótese, que é a de ‘salvar’ a vida da mãe. Conseqüentemente, a lei não pode sobreviver ao presente ataque...”¹⁷⁴.

Todas as nomeações para a Suprema Corte nas últimas décadas de governos republicanos nos Estados Unidos foram marcadas pelo esforço de escolher ministros que rejeitassem o ativismo judicial deflagrado pela Corte *Warren* e estivessem dispostos a rever a decisão proferida em *Roe*. Ao longo dos anos, essa decisão foi abertamente questionada, mas jamais foi claramente reformada (*overruled*)¹⁷⁵.

Conclui-se, assim, a trajetória histórica da cláusula do devido processo legal e do princípio da razoabilidade no direito constitucional nor-

172. 381 U. S. 479 (1965).

173. 410 U. S. 113 (1973).

174. 410 U. S. 113 (1973).

175. Um dos últimos julgamentos sobre o tema ocorreu em *Parenthood vs. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992), onde o voto majoritário, conquanto externando divergência quanto à decisão em *Roe*, questionou a própria legitimidade da Corte para reverter tal decisão. V. Morton J. Horwitz, Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism, *Harvard Law Review*, 107:30, 1993.

te-americano. É bem de ver que tais conceitos correram mundo e repercutiram sobre os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos. Convém, por isso mesmo, aprofundar o exame do tema à luz dos métodos de argumentação e exposição sistemática que caracterizam o modo de entender e praticar o direito nos países de tradição jurídica romano-germânica. De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da *proporcionalidade*, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade¹⁷⁶. Salvo onde assinalado, um e outro serão aqui empregados indistintamente.

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia¹⁷⁷; o que não seja arbitrário ou caprichoso¹⁷⁸; o que corresponda ao senso comum¹⁷⁹, aos valores vigentes em dado momento ou lugar¹⁸⁰. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade¹⁸¹, embora possa ela radicar-se

176. Embora não faça essa assemelhação e refira-se sempre ao princípio da proporcionalidade, Willis Santiago Guerra Filho lembra “a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos ‘razão’ (lat. *ratio*) e ‘proporção’ (lat. *proportio*)” (*Sobre o princípio da proporcionalidade*, mimeografado, p. 13-4).

177. Rafael Bielsa, *Estudios de derecho público: derecho administrativo*, 1950, t. 1, p. 485.

178. *Nebbia vs. New York*, 291 U. S. 502 (1934).

179. Linares Quintana, *Derecho constitucional y instituciones políticas*, cit., v. 1, p. 122.

180. Pound, citado por José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo e Constituição: o devido processo legal*, p. 90.

181. V. Bidart Campos, *Interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, 1987, p. 92. Aliás, na sua origem norte-americana a cláusula do devido processo legal foi influenciada por concepções jusnaturalistas, sendo interpretada como uma garantia do direito a um processo que se inspirasse em princípios universais e superiores de justiça, conforme notícia Ada Pellegrini Grinover (*As garantias constitucionais do direito de ação*, cit., p. 33-4), onde esclarece: “Mas, sob a influência de magistrados como Holmes, Cardozo, Frankfurter, percebe-se que os princípios de igualdade e de justiça processual não são a expressão de uma norma abstrata e superior, absoluta e

perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica¹⁸². Sobre este ponto em particular, veja-se a passagem inspirada de San Tiago Dantas:

“Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável e os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios, cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbitrário, traduzida na idéia de ‘lei injusta’”¹⁸³.

Em seguida, após referência ao sistema americano e ao *due process of law*, arrematou:

“A lei que não pode ser considerada ‘law of the land’ é a lei contrária ao direito. Não a um direito fixado em regras e comandos precisos, que se tornariam, nesse caso, imutáveis; mas ao direito como síntese, como corpo de princípios, como método de criação normativa”¹⁸⁴.

Seja como for, é necessário seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente, para os fins aqui considerados, os de cunho normativo. Somente essa delimitação de objeto poderá impedir que o princípio se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamentos *ad hoc*.

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de deter-

transcendental com relação à normatividade positiva: trata-se, pelo contrário, da enunciação de valores históricos e relativos, que podem impor-se à razão, em determinado contexto histórico”. V., também, Grey, *Do we have an unwritten Constitution?*, 27 *Stanford Law Review*, p. 703, 715-6, 1975.

182. Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, cit., p. 53.

183. San Tiago Dantas, *Igualdade perante a lei...*, *RF*, 116:357, p. 362.

184. San Tiago Dantas, *Igualdade perante a lei...*, *RF*, 116:357, p. 362.

minados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos¹⁸⁵.

Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. Por exemplo: se, diante de um surto inflacionário (motivo), o Poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão, e a norma, em princípio, afigura-se válida. Ao revés, se, diante do crescimento estatístico da AIDS (motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável. Isso porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistente qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente. Suponha-se, por exemplo, que, diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não-residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma desse teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade dian-

185. Veja-se, a propósito, Humberto Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, 1984, p. 461.

te da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros etc.¹⁸⁶.

Essa exigência de conformação ou adequação dos meios aos fins, que já era presente na construção norte-americana do princípio da razoabilidade, é ponto de consenso entre autores distanciados geograficamente. A esse propósito, averbou Linares Quintana:

“(La razonabilidad) consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procura alcanzar con ellos. ... Tratase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deben alcanzarse”¹⁸⁷.

Na mesma linha, J. J. Gomes Canotilho:

“Entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins”¹⁸⁸.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, em decisão de 1971, pronunciou-se em igual sentido:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que se-

186. Essa interessante distinção entre razoabilidade interna e externa encontra-se em Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, cit., p. 462 e s.

187. Linares Quintana, *Derecho constitucional y instituciones políticas*, cit., v. 1, p. 128.

188. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 488.

ria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”¹⁸⁹.

Verifica-se na decisão do Tribunal alemão a presença de um outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*) da medida. Conhecido, também, como “princípio da menor ingerência possível”, consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, “se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas”¹⁹⁰.

Há, ainda, um terceiro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como *proporcionalidade em sentido estrito*. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”¹⁹¹.

A doutrina — tanto lusitana quanto brasileira¹⁹² — que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da *proporcionalidade*, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins

189. *BVerfGE*, 30, 292 (316). V. Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaios de teoria constitucional*, 1989, p. 87.

190. *BVerfGE*, 39, 210 (230-1). V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 44.

191. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 387-8.

192. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 386-8; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1993, p. 318-9; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 38 e 43; e Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaios de teoria constitucional*, cit., p. 75.

visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. Na feliz síntese de Willis Santiago Guerra Filho:

“Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”¹⁹³.

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade sempre teve seu campo de incidência mais tradicional no âmbito da atuação do Poder Executivo. Estudado precipuamente na área do direito administrativo, ele funcionava como medida da legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada¹⁹⁴. Versando o tema, assinalou o ilustre professor argentino Agustin Gordillo:

“A decisão ‘discricionária’ do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar”¹⁹⁵.

193. Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de teoria constitucional*, cit., p. 75.

194. V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, 1991, p. 66-7: “Este princípio enuncia a idéia singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada, de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados”. V. também Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito administrativo*, 1991, p. 93.

195. Agustin Gordillo, *Princípios gerais de direito público*, 1977, p. 183-4.

Também no domínio do Poder Judiciário o princípio teve aplicabilidade, notadamente no tratamento das medidas cautelares¹⁹⁶. Sua aplicação como critério aferidor dos atos do Poder Legislativo, todavia, a despeito de constituir prática relativamente antiga na tradição norte-americana, e de ser admitida com reservas em países como Alemanha¹⁹⁷ e Itália¹⁹⁸, é que suscita alguma controvérsia, por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação de Poderes.

De fato, a aferição da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo, o que interfere com o delineamento mais comumente aceito da discricionariedade do legislador¹⁹⁹. 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. E o conhecimento convencional, como se sabe, rejeita que o juiz se substitua ao administrador ou ao legislador para fazer sobrepor a sua própria valoração subjetiva de dada matéria. A verdade, contudo, é que, ao apreciar uma lei para verificar se ela é ou não arbitrária, o juiz ou o tribunal estará, inevitavelmente, declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável²⁰⁰.

196. V. Egas Moniz de Aragão, Poder cautelar do juiz. Medidas provisórias, *RPGERJ*, 42:37, 1990, e Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, A concessão de medida liminar em processo cautelar e o princípio cautelar da proporcionalidade, *RF*, 318:101, 1992.

197. O *Bundesverfassungsgericht* assentou, em decisão de 1951, que sua competência se limitava à apreciação da legitimidade da norma, e não de sua conveniência. Mas acrescentou, significativamente: “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial” (*BVerfGE*, 1, 15). V. Gilmar Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 41.

198. Na Itália, o art. 28 da Lei n. 87, que organiza a Corte Constitucional, exclui expressamente do controle de constitucionalidade valorações de natureza política e verificações sobre o uso do poder discricionário. Todavia, como assinala Pierandrei, será sempre possível examinar a norma à luz dos fins consagrados constitucionalmente (*Enciclopedia del diritto*, 1962, v. 10, p. 907).

199. Traduzindo essa crença, que subsistiu inquestionada por longo tempo, escreveu Canotilho (*Direito constitucional*, cit., p. 739): “A discricionariedade do legislador ou, como hoje se diz, o âmbito de liberdade de conformação legislativa, não era uma discricionariedade sujeita a pressupostos vinculados, as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controle e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei”.

200. V. Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, cit., p. 216, fundado em texto de Edward Corwin (*Court over Constitution — a study*

A evolução dos conceitos tem atenuado o rigor das formulações clássicas e permitido a contenção da chamada *liberdade de conformação legislativa*. O controle finalístico da atuação do legislador se exerce sobre dois momentos “teleologicamente relevantes” do ato legislativo, que Gomes Canotilho assim identifica e comenta:

“(i) Em primeiro lugar, a lei é tendencialmente uma função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser *contraditória, irrazoável, incongruente* consigo mesma.

Nas duas hipóteses assinaladas, toparíamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim *imane*nte à legislação imporá os limites materiais da *não contraditoriedade, razoabilidade e congruência*”²⁰¹.

Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar²⁰². O controle de constitucionalidade se exerce, pre-

of judicial review as an instrument of popular government, 1938, p. 108): “What the Court says is that legislation must not be unreasonable, but what this means inevitably, and all that it means is that legislation must not be unreasonable to the Court’s way of thinking”.

201. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 740.

202. Escrevendo sobre o tema no direito alemão, admitiu Krebs a possibilidade de superposição de competências, concluindo, no entanto, que isso não afetava a imprescindibilidade do princípio. É que, afirma ele, eventual “escorregão” (*Gratwanderung*) entre o direito e a política constitui risco inafastável da profissão do constitucionalista (v. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, JURA, 1988, p. 617 (623), apud Gilmar Ferreira Mendes, *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro*, RDA, 191:40, 1993, p. 49).

lações
orma-
erce
ativo,

cisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar²⁰³.

uma
dos
po-
fim
em-
adi-

Como se demonstrou até aqui, a razoabilidade dos atos do Poder Público — inclusive dos atos legislativos —, como parâmetro aferidor de sua constitucionalidade, tem sido aceita em inúmeros sistemas jurídicos. Nos Estados Unidos, como visto, o princípio se assenta na cláusula do devido processo legal, constante das emendas de n. 5 e 14 à Constituição. Na Argentina, como assinala com orgulho a doutrina, o princípio remonta ao texto original da Carta, que, no art. 28, estabelecia que os princípios, garantias e direitos reconhecidos na Constituição não poderiam ser alterados por leis que regulamentassem seu exercício²⁰⁴. No direito constitucional alemão, atribui-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de direito²⁰⁵. Em Portugal, ele vem materializado em regras expressas da Constituição, notadamente a da proibição do excesso²⁰⁶.

203. Nos Estados Unidos, por quatro vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial: a) a 11ª emenda, dando imunidade de jurisdição aos Estados, veio após a decisão em *Chisholm vs. Georgia*, 2 Dall 419 (1793); b) a criação de uma cidadania nacional pela 14ª emenda foi uma reação à decisão em *Dred Scott vs. Sandford*, 19 How. 393 (1857); c) a admissão de um imposto federal sobre a renda, advinda com a 16ª emenda, deveu-se ao julgamento de *Pollock vs. Farmer's Loan & Trust Co.*, 157 U. S. 429 (1895); d) a extensão do direito de voto em eleições estaduais e nacionais a todos que contassem dezoito anos, introduzida pela 26ª emenda, foi motivada pelo caso *Oregon vs. Mitchell*, 400 U. S. 112 (1970). V. Edward Conrad Smith, *The Constitution of the United States*, 1979, p. 16 e s.

204. A este propósito, assim manifestou-se Linares Quintana (*Derecho constitucional y instituciones políticas*, cit., v. I, p. 123): “Este precepto básico es propio de nuestra Constitución, no teniendo equivalente ni en términos siquiera aproximados, en la Ley Suprema de los Estados Unidos”.

205. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 43.

206. Dispõe o art. 18, 2, da Constituição portuguesa: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Além dele, o art. 266, 2, impõe aos órgãos e agentes administrativos que atuem com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções, e o art. 272, 2, que estabelece que as medidas de polícia não devem ser utilizadas para além do estritamente necessário.

No Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, *discricionária*, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade. Exemplo da visão clássica do tema foi dado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 13 de novembro de 1970, na qual assentou:

“Harmonia dos Poderes. Art. 6º da Emenda Constitucional n. 1. A decisão recorrida invadiu área de estrita competência da Administração Pública ao mandar reabrir e equipar uma enfermaria de hospital fechada por conveniência do serviço público. Inadmissibilidade da apreciação do mérito de tal providência pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido”²⁰⁷.

É certo, porém, que, ao longo da vigência da Constituição de 1967-69, ainda que de modo implícito e até mesmo *inconsciente*²⁰⁸, e sem menção expressa ao princípio, diversas decisões dos tribunais superiores reverenciaram a razoabilidade como parâmetro de validade de atos emanados do Poder Público. De fato, foi ela o grande vetor de decisões como: a) a que considerou inaceitável que delegado aprovado em concurso pudesse ser reprovado na prova de esforço físico (teste de Cooper), haja vista que são os agentes, e não o delegado, que de regra desempenham as missões²⁰⁹; b) a que considerou ensejadora de discriminação a reprovação, em entrevista pessoal, de candidatos à carreira diplomática já aprovados nas provas intelectuais²¹⁰; c) a que também considerou inconciliável com o princípio do concurso público o chamado “juízo de consciência”, em que o candidato à magistratura podia ser excluído do certame com base em julgamento secreto sobre sua vida pública e privada²¹¹.

207. *RTJ*, 56:811, 1971, RE 70.278-GB, rel. Min. Adauto Cardoso.

208. Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, cit., p. 192.

209. Remessa *ex officio* n. 110.873-DF, TFR, rel. Min. Washington Bolívar, *DJU*, 26 fev. 1987.

210. MS 101.898-DF, TFR, rel. Min. Leitão Krieger, *DJU*, 22 maio 1986.

211. *RTJ*, 122:1130, 1987, RE 111.411-8-RJ, rel. Min. Carlos Madeira.

Todos esses precedentes referem-se a atos administrativos. A possibilidade de controle de razoabilidade dos atos do Poder Legislativo também tem sido discutida no Brasil nas últimas décadas, ainda que incipientemente. A fórmula utilizada para sua aplicação foi a importação de figura tradicional originária do direito administrativo francês, identificada como *détournement de pouvoir*, isto é, o desvio ou excesso de poder. Convencionalmente aplicada no controle dos atos administrativos, o conceito teve seu alcance estendido para abrigar certos casos envolvendo atos legislativos. Há um interessante precedente na matéria, em decisão do Supremo Tribunal Federal, onde o Ministro Orozimbo Nonato firmou a tese de que:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado”²¹².

Já no regime da Carta de 1967-69, outra decisão da Suprema Corte, em linguagem ainda mais explícita, aplicou o princípio da razoabilidade como critério limitador das restrições de direitos. Na apreciação de questão relativa à liberdade de exercício profissional, deixou-se assentado:

“Ainda no tocante a essas *condições de capacidade*, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da

212. RF, 145:164, 1953, RE 18.331, rel. Min. Orozimbo Nonato.

razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não”²¹³.

Em decisões posteriores, embora esporádicas, voltou-se a aplicar, ainda que sem maior desenvolvimento teórico, o princípio da razoabilidade. Foi o que se passou quando a Suprema Corte: a) considerou inválida a regra do Estatuto da OAB que estabelecia a incompatibilidade dos magistrados, membros do Ministério Público e de outras categorias de servidores para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos a contar da aposentadoria ou da disponibilidade²¹⁴; b) considerou inconstitucional lei do Estado do Rio de Janeiro que elevava desproporcionadamente os valores da taxa judiciária²¹⁵.

Um dos poucos autores nacionais a dedicar alguma atenção ao tema do desvio de poder legislativo, Caio Tácito, menciona decisões do Supremo Tribunal Federal que mantiveram a anulação de leis que consubstanciavam os chamados *testamentos políticos*. É que, na pior tradição nacional, não é incomum a edição de leis estaduais, ao término de governos derrotados nas urnas, criando cargos públicos em número excessivo ou concedendo benefícios remuneratórios, comprometendo as finanças públicas e inviabilizando o novo governo. O abuso do poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, *pelo exame dos motivos*, configura vício especial de inconstitucionalidade. Analisando o caso concreto, afirmou o ilustre publicista, em passagem lapidar:

“A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingo-

213. Rep. n. 930-DF, rel. Min. Rodrigues Alckmin, *DJU*, 2 set. 1977.

214. *RTJ*, 110:937, 1984, Rep. n. 1.054, rel. Min. Moreira Alves.

215. *RTJ*, 112:34, 1985, Rep. n. 1.077, rel. Min. Moreira Alves.

vernável o Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias.

Tal abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional configura autêntico desvio de poder (*détournement de pouvoir*), colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público”²¹⁶.

Como se constata singelamente, a despeito de não haver merecido qualquer referência expressa nos Textos Constitucionais de 1946 e 1967-69, o princípio da razoabilidade foi utilizado, de forma explícita ou implícita, como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de atos do Poder Público, tanto administrativos quanto legislativos. Durante a maior parte dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, de que resultou a Constituição de 1988, o princípio da razoabilidade constou de diferentes projetos, inclusive do texto ao final aprovado pela Comissão de Sistematização. Ali se lia, no *caput* do art. 44:

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

A redação final da Constituição de 1988, todavia, excluiu a menção expressa ao princípio da razoabilidade. É certo, todavia, que se inscreveu, expressamente, no inciso LIV do art. 5º, a cláusula do *due process of law*, com a dicção seguinte:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

216. Caio Tácito, O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, *RDA*, 188:1, 1992. Sobre o tema, veja-se, também, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., onde se abre um tópico específico para o *excesso de poder legislativo* (p. 38 e s.).

Diante disso, abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.

É bem de ver que o princípio da razoabilidade tem um campo de incidência bem mais vasto nos países de Constituição sintética, onde sua aplicação criativa serve como mecanismo flexível para determinar a Constituição material de cada época. Nos países de Constituição analítica, sua aplicação se reduz, sem, contudo, perder em relevância. Mesmo em um país como o Brasil, em que a Constituição é prolixa e casuística, há um amplo espaço de utilização do princípio da razoabilidade como instrumento de contenção do ímpeto arbitrário que, não infreqüentemente, estigmatiza a prática política brasileira.

Nos últimos anos foram produzidos importantes trabalhos monográficos sobre o tema²¹⁷. Da mesma forma, juízes e tribunais, inclusive e especialmente o Supremo Tribunal Federal, têm encontrado no princípio da razoabilidade, direta ou indiretamente, fundamento constante para suas razões de decidir. Confira-se, abaixo, uma seleção de julgados recentes que confirmam a assertiva.

O art. 37, X, da Constituição, que impõe se faça na mesma data “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares”, é um corolário do princípio fundamental da isonomia; não é, nem *razoavelmente* poderia ser, um imperativo de estratificação perpétua da escala relativa dos

217. Vejam-se: Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1996; Raquel Denize Stumm, *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, 1995; Paulo Armínio Tavares Buechele, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*, 1999.

vencimentos existentes no dia da promulgação da Lei Fundamental: não impede, por isso, a nova avaliação, por lei, a qualquer tempo, dos vencimentos reais a atribuir a carreiras ou cargos específicos, com a ressalva expressa de sua irredutibilidade (CF, art. 37, XV)²¹⁸.

Segundo uma interpretação harmônica dos arts. 7º, XXX, 37, I, e 39, § 2º, da Constituição Federal, pode a lei, desde que o faça de modo *razoável*, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, empregos e cargos públicos²¹⁹.

O tema concernente à fixação legal de limite de idade para efeito de inscrição em concurso público e de preenchimento de cargos públicos tem sido analisado pela jurisprudência em função e na perspectiva do critério da *razoabilidade*²²⁰.

É de se deferir liminar em ação direta de inconstitucionalidade com relação a lei estadual que determina a pesagem de botijões de gás liquefeito de petróleo entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor. Além de violação ao princípio de *proporcionalidade e razoabilidade* das leis restritivas de direitos, há evidente plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a ser declarada a inconstitucionalidade²²¹.

O princípio da *razoabilidade* constitucional é conducente a ter-se como válida a regência da proibição da importação de pneus usados via portaria, não sendo de se exigir lei, em sentido formal e material, especificadora, de forma exaustiva, de bens passíveis, ou não, de importação²²².

A norma legal, que concede a servidor inativo vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (gratificação de férias correspondente a um terço do valor da remuneração mensal), ofende o *princípio da razoabilidade*, que atua, enquanto projeção

218. RTJ, 145:101, 1993, ADIn 526-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

219. RDA, 196:103, 1994, RE 174.548-7-AC, rel. Min. Carlos Velloso.

220. RDA, 199:153, 1995, RO em MS 21.045-5-DF, rel. Min. Celso de Mello.

221. RDA, 194:299, 1993, e RTJ, 152:455, 1995, ADIn 855-2-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

222. DJU, 12 set. 1997, p. 43471, RE 204.020-7-PE.

caracterizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado²²³.

A regra contida no § 1º do art. 100 da Constituição há de ter alcance perquirido em face não só do *princípio da razoabilidade* e do objetivo nela previsto, como também do preceito transitório do art. 33, com o qual se almejou colocar ponto final no esdrúxulo quadro decorrente da jurisprudência pretérita à Carta de 1988, no sentido de que os valores devidos pela Fazenda seriam pagos, até o fim do exercício seguinte, considerados os precatórios apresentados até 1º de julho, oportunidade em que é feita a correção respectiva²²⁴.

A importação e sistematização do princípio da razoabilidade-proporcionalidade no direito brasileiro projetaram novas luzes sobre o tratamento doutrinário do princípio da isonomia. Historicamente subaproveitado e mais rotineiramente utilizado na busca de equiparações salariais ou remuneratórias²²⁵, o grande mandamento da igualdade é tradicionalmente tratado como um tema menor, assim pela doutrina²²⁶ como pela jurisprudência.

Reproduzindo o conhecimento convencional, costuma-se afirmar que a isonomia traduz-se em igualdade *na lei* — ordem dirigida ao legislador — e *perante a lei* — ordem dirigida ao aplicador da lei. Em seguida, é de praxe invocar-se a máxima aristotélica de que o princípio consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigalam”. A beleza filosófica de tal asserto não contribui, contudo, para desvendar o cerne da questão: saber quem são os iguais e os desiguais e definir em que circunstâncias é constitucionalmente legítimo o tratamento desigual.

223. RDA, 200:242, 1995, ADIn 1.158-8-AM, rel. Min. Celso de Mello.

224. RTJ, 152:630, 1995, AI 153.493-SP, rel. Min. Marco Aurélio.

225. A Emenda Constitucional n. 19, de 4-6-1998 (Reforma Administrativa), suprimiu a cláusula de isonomia de vencimentos entre cargos de atribuições iguais ou assemelhados, constante do § 1º do art. 39 do texto original.

226. Exceção que confirma a regra é o precioso trabalho de Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993 (a 1ª edição desse texto é de 1978). Embora concentrado em aspecto específico do tema, v. também Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*, 1983.

O princípio genérico da igualdade vem capitulado, no direito constitucional positivo brasileiro, como direito individual — “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*) — e como objetivo fundamental da República — “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Nada obstante o tom peremptório dos dois preceptivos, de longa data se reconhece que legislar consiste, inegavelmente, em discriminar situações e classificar pessoas à luz dos mais diversificados critérios²²⁷.

Aliás, a própria Constituição desequipara as pessoas com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional, nacionalidade, dentre outros. Assim, ao contrário do que se poderia supor à vista da literalidade da matriz constitucional da isonomia, o princípio, em muitas de suas incidências, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao contrário, impõe o tratamento desigual.

Estabelecida a premissa de que é possível distinguir pessoas e situações para o fim de dar a elas tratamento jurídico diferenciado, cabe determinar os critérios que permitirão identificar as hipóteses em que as desequiparações são juridicamente toleráveis. Em trabalho escrito em 1985 — antes, portanto, da formal entronização do princípio da proporcionalidade —, mas renunciando a natural evolução da matéria, averbamos:

“Parece-me, contudo, que a compatibilização entre a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exige que se recorra à idéia de proporcionalidade. Somente assim se poderá obter um equilíbrio entre diferentes valores a serem preservados.

(...)

Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há de encontrar limi-

227. V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 11; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional brasileiro*, cit., p. 44.

tes de razoabilidade para que seja legítimo. Este limite poderá vir expresso ou implícito no texto constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluido, como o de *proporcionalidade*”²²⁸.

Veja-se a demonstração da tese. Além da vedação genérica à discriminação, a Constituição indicou, pontualmente, alguns fatores de discriminação que especialmente desaprova, a saber: origem, raça, sexo, cor, idade. Nada obstante, não parece ilegítimo, à luz da Constituição, que:

1. em concurso público para guardas penitenciários de um presídio feminino, somente se admita a inscrição de mulheres;
2. em evento comemorativo do dia da consciência negra, sejam contratados somente artistas dessa raça;
3. o Teatro Municipal, desejando admitir uma bailarina para encenar o *ballet* “Romeu e Julieta”, recrute entre pessoas do sexo feminino e jovens;
4. se exija do estrangeiro residente no país visto de permanência e documentação específica, distinta da dos nacionais.

Tais classificações fundam-se em fatores que o constituinte considerou *suspeitos* e cuja utilização traz uma forte possibilidade de inconstitucionalidade. A menos que se possa demonstrar — como parece ser o caso em cada um dos exemplos — que o tratamento desigual teve um *fundamento razoável* e destinou-se a realizar um *fim legítimo*. Vale dizer: o tratamento diferenciado, para ser válido, precisa passar no teste da razoabilidade interna e externa.

De plano, portanto, não será legítima a desequiparação arbitrária, caprichosa, aleatória. O elemento de discriminação tem de ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas. Não pode ser externo ou alheio a elas²²⁹. Não se pode estabelecer que os servidores que

228. Luís Roberto Barroso, A igualdade perante a lei. Algumas reflexões, in *Temas atuais do direito brasileiro*, 1987.

229. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 29-30: “É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas”.

têm olhos claros terão prioridade no escalonamento de férias (irrelevância) ou que se dará preferência às mulheres se a seleção feminina de voleibol for campeã (fator externo e alheio).

De parte isto, tem de haver racionalidade na desequiparação, vale dizer: *adequação entre meio e fim*. É legítimo que se adote o critério compleição física na escolha dos soldados que formarão a tropa de choque, mas não para a seleção dos que servirão como digitadores ou auxiliares administrativos.

A desequiparação, ademais, terá de ser *necessária* para a realização do objetivo visado, vedado o excesso, isto é, o tratamento diferenciado além do que é imprescindível. Em um concurso público, por exemplo, no âmbito da Secretaria de Segurança Pública, é possível excluir da disputa por cargos que exigem destreza física os candidatos portadores de deficiência motora. Mas se a restrição estender-se a todos os cargos daquele órgão, inclusive os de natureza burocrática, será nula por ter ido além do estritamente necessário, sendo colhida pelo subprincípio da vedação do excesso.

E, por fim, terá de haver *proporcionalidade em sentido estrito*. É imperativo que o valor promovido com a desequiparação seja mais relevante do que o que está sendo sacrificado. Suponha-se, por ilustração, que o Museu Imperial, desejando assegurar mais silêncio e tranquilidade aos seus visitantes adultos, proíba o ingresso de menores de quatorze anos. O prejuízo que tal medida traz à formação cultural e humanística dos jovens interessados em visitar o museu é, por certo, superior ao desejo dos demais frequentadores de não conviverem com o burburinho infantil ou adolescente.

Superado o teste da razoabilidade interna — adequação meio-fim, necessidade/vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito —, será preciso verificar se o tratamento desigual resiste ao exame de sua razoabilidade externa. Vale dizer: se o meio empregado e o fim visado são compatíveis com os valores constitucionais.

Suponha-se, por exemplo, que uma Escola Militar de formação de oficiais constate, com base em prova estatística, que os alunos originários de determinada região têm, ao longo dos estudos e da carreira, desempenho superior aos originários de outras partes do país. Ou, ao contrário, que os alunos originários de uma específica região apresen-

tam elevado índice de repetência e desligamento. Pergunta-se: poderia a Escola, em seus critérios de admissão, favorecer o ingresso de uns e dificultar os de outros, em função da região de origem, para assegurar sua maior eficiência?

A resposta é naturalmente negativa. O ordenamento constitucional brasileiro veda que se criem distinções entre brasileiros (art. 19, III). Portanto, mesmo que se demonstrasse inequivocamente que os resultados seriam melhores, eles seriam obtidos com o sacrifício de valores dos quais não é possível dispor.

Em desfecho, e para mero fim de sistematização final, é possível sintetizar as idéias desenvolvidas neste tópico na forma abaixo.

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: (a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

Um certo positivismo arraigado na formação jurídica nacional retardou o ingresso do princípio da razoabilidade na jurisprudência brasileira, por falta de previsão expressa na Constituição. Inequivocamente, contudo, ele é uma decorrência natural do Estado democrático de direito e do princípio do devido processo legal. O princípio, naturalmente, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, no entanto, oferece uma alternativa de atuação construtiva do Judiciário para a produção do melhor resultado, ainda quando não seja o único possível ou mesmo aquele que mais obviamente resultaria da aplicação acríica da lei.

O princípio da razoabilidade faz uma imperativa parceria com o princípio da isonomia. À vista da constatação de que legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo.