

## A RAZOABILIDADE DAS LEIS\*

CAIO TÁCITO

No Estado moderno a vida na sociedade é governada pelo princípio da legalidade, consagrado nas declarações de direitos fundamentais.

Fiel à tradição expressa a partir da Carta Magna inglesa no século XIII e consolidada nas revoluções norte-americana e francesa, a Constituição brasileira atual renova a afirmação solene de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

A lei, expressão da vontade geral da nação, nasce da manifestação dos agentes delegados da sociedade, pelo mandato eletivo, mediante o qual se estrutura o Poder Legislativo.

E para que não se torne absoluto o poder de fazer as leis, a regra da separação e harmonia dos poderes constitucionais submete os atos legislativos ao controle final do Poder Judiciário.

A lei contrária à Constituição ou violadora de direitos e liberdades é anulada e destituída de eficácia.

Não há, em suma, leis ilegais, maculadas de vício de forma ou de conteúdo. A elas se opõe a manifestação judicial, vedadas indevidas restrições ao direito ou à liberdade.

O princípio de legalidade se aperfeiçoou na medida em que se passou a exercer a vigilância sobre o respeito à finalidade da lei.

Não é legítima a lei nem válido o ato administrativo quando a autoridade, na prática do ato, deixa de atender ao fim contido, expressa ou implicitamente, na regra de competência.

A jurisprudência francesa construiu, neste sentido, a noção do desvio de poder ou desvio de finalidade como fundamento da declaração de nulidade de atos administrativos, e o princípio se universalizou na doutrina e na prática, inclusive no direito brasileiro, como documentamos, em tese de concurso em 1961, sobre “O desvio de poder em matéria administrativa”. Em estudos mais recentes, acentuamos o cabimento do conceito no tocante a atos legislativos e judiciais e, de modo especial,

\* Conferência no Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio.

analisamos, em conferência feita em janeiro de 1992, perante este Conselho, o “desvio de poder legislativo”.

Está subjacente nesta longa elaboração doutrinária e jurisprudencial o repúdio ao abuso de direito, ou, na terminologia francesa, ao excesso de poder, quando a ação de órgãos estatais, em princípio autorizada pela ordem jurídica, vai além da medida, constringendo ou inviabilizando o fluxo regular de garantias e direitos individuais ou coletivos.

Qual deve ser, porém, o comportamento do intérprete perante a lei arbitrária, aquela que, conforme o diagnóstico de SAN TIAGO DANTAS em estudo pioneiro (Revista Forense — 1948 — volume 116/357), “reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso” que destoa dos princípios que vise a regular?

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana construiu, para a contenção de abusos desta natureza, o requisito do *due process of law*, o devido processo legal, como essência da legalidade dos comandos da autoridade.

Aplicado, originariamente, como garantia processual, o conceito se ampliou para alcançar, pelo chamado *substantive due process*, o remédio contra as restrições de direitos e liberdades na via administrativa e legislativa.

Foi, sobretudo, na avaliação da legitimidade da intervenção do poder público no domínio econômico e social, que se aplicou o teste de racionalidade (*rationality test*) e, a seguir, o padrão de razoabilidade (*reasonableness standard*) como aferição da legalidade da legislação.

Assim, por exemplo, em decisão de 1985, a Suprema Corte declarou inconstitucional lei estadual que isentava de imposto a compra de automóveis por residentes em Vermont e taxava igual ato do comércio praticado por não-residentes. Em várias outras decisões equivalentes, a Corte Suprema, conforme esclarecem ROTUNDA, NOWAK e YOUNG, consagrou o entendimento de que “uma lei que nega benefícios a novos residentes meramente para dar preferência aos antigos residentes não sobreviverá ao teste de racionalidade, porque o desejo de discriminar não é um interesse legítimo e, portanto, esta lei não terá uma relação racional com um legítimo objetivo governamental” (Treatise on Constitutional Law — Substance and Procedure — volume 2 — p. 67).

Em sentido equivalente, o direito alemão adotou o princípio da proporcionalidade, ou o princípio da proibição de excesso, conferindo-lhe a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

A utilização de tais princípios leva, no direito alemão, ao exame da adequação da providência legislativa (GILMAR FERREIRA MENDES — Controle da constitucionalidade — Aspectos jurídicos e políticos — p. 43).

Na Espanha domina igual princípio, que se transmite ao direito comunitário (JAVIER BARNES — Introducion al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario in Revista de Administración Publica — p. 135 — setembro-dezembro 1994 — p. 495/535).

Entre nós, o tema mereceu recente e aprofundado estudo em tese de concurso sobre “O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, da lavra de SUZANA DE TOLEDO BARROS (1996).

Dizíamos, em 1952, a propósito dos limites do poder de polícia, que, importando a sua incidência em restrições a direitos individuais, “sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, de modo a não configurar um abuso de poder” (Poder de polícia e seus limites — Revista de Direito Administrativo — vol. 27/10).

É que, como dita a lição de ROGER BONNARD, “a medida de polícia deve ser adequada ao fim de polícia a atingir, isto é, a medida imposta não deve ser muito rigorosa, se medida menos rigorosa é suficiente” (Précis de Droit Administratif — 1940 — p. 418) e MARCELO CAETANO adverte que “os poderes de polícia não devem ser exercidos de modo a impor restrições e a uso de coação além do estritamente necessário” (Manual de Direito Administrativo — 4ª edição — 1957 — p. 648).

Em dois casos, opinamos pela nulidade de atos que estabeleciam restrições indevidas à atividade de fornecimento de gás liquefeito de petróleo, aplicando o princípio de razoabilidade na concessão de licenças de operação da atividade privada.

E a impugnação feita, sob este fundamento, a uma lei do Estado do Paraná mereceu acolhida em decisão do Supremo Tribunal Federal (Revista de Direito Administrativo — volume 194 — outubro-dezembro de 1993, p. 299/s e p. 347/s.).

A recepção, em nosso sistema jurídico, do princípio da razoabilidade das leis foi especialmente reafirmada em estudo de CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO sobre “O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil” (2ª edição, 1989).

## II

### **Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Brasileira**

O objetivo essencial desta palestra, a par da colocação doutrinária da matéria, é o de documentar a acolhida dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência de nossos tribunais superiores.

Valemo-nos, por este fim, de pesquisa própria e dos subsídios que ilustram os estudos de GILMAR FERREIRA MENDES, CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO e SUZANA DE TOLEDO BARROS e, ainda, do levantamento recentemente feito pelo primeiro destes autores em artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência — 1ª quinzena de dezembro de 1984, p. 475/s., sob o título: A razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em acórdão de 21 de setembro de 1951, relatado pelo Ministro OROZIMBO NONATO, o Supremo Tribunal Federal destacou 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” (Revista Forense — vol. 145/164).

Retomou, a este propósito, a concepção de que o poder fiscal deve ser exercido moderadamente, como BILAC PINTO documenta, à luz da elaboração da jurisprudência norte-americana (Finanças e Direito — Revista Forense — vol. 82, p. 551/s.).

Em acórdão no *Habeas Corpus* 45.232, a Suprema Corte rejeitou, por desarrazoada, a aplicação de pena acessória que proibia atividade privada a condenado por crime contra a segurança nacional, declarando a inconstitucionalidade do art. 48 do Decreto-lei n. 314, de 1967, nos termos do voto vencedor do Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 44 — p. 322/s.).

Em Representação n. 930, o Relator, Ministro RODRIGUES ALKIMIN, enfatizou, como fundamento da decisão adotada pelo Supremo Tribunal, a necessidade de preservar o núcleo essencial da liberdade de exercício da profissão de corretor de imóveis, acentuando a submissão da exigência de condições de capacidade ao critério de razoabilidade.

A lei paulista criando serventia de registro de imóveis e determinando prioridade absoluta de provimento em favor de determinado serventuário, foi repelida, por inconstitucional, em decisão de 31 de agosto de 1967, no Recurso em Mandado de Segurança n. 16.912, pelo caráter discriminatório de favorecimento, importando em abuso de poder, como destacou o voto do Ministro VICTOR NUNES LEAL (Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 45 — p. 530/s.).

A carência de dois anos, após a aposentadoria, para permitir aos magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos e militares o exercício da advocacia, presente no art. 86 da Lei n. 4.215/63, foi declarada inconstitucional em julgamento de 4 de abril de 1984, na Representação n. 1.054 (Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 110 — p. 937/s.).

O Voto do Relator, Ministro MOREIRA ALVES, realça a incongruência e a irrazoabilidade da interdição temporária da profissão, que não atende a interesse público pertinente.

À luz do princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso de poder, a Suprema Corte fulminou por inconstitucional a Lei n. 385 de 1980, do Estado do Rio de Janeiro, que elevava imoderadamente valores da taxa judiciária, violando a regra da “equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar”, nos termos do voto do relator, Ministro MOREIRA ALVES.

A taxa judiciária excessiva cria obstáculo capaz de impossibilitar a muitos a obtenção da prestação jurisprudencial (Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 112, p. 34/s.).

O Supremo Tribunal Federal considerou inaceitável a norma regulamentar de concurso para a magistratura que submetia os candidatos a julgamento secreto e subjetivo de idoneidade, correspondente a veto arbitrário a aprovação do candidato (acórdão de 10 de abril de 1987 no Recurso Extraordinário n. 111.400 — Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 122, p. 1130/s.).

Igual fundamento alicerça o parecer de SEABRA FAGUNDES no sentido da inconstitucionalidade de lei fluminense que condicionava a habilitação de candidatos

a concurso para o Ministério Público à aprovação em exame psicotécnico (Revista de Direito Administrativo — vol. 109/280).

Em caso a que antes nos referimos e sobre o qual emitimos parecer, a Corte Suprema declarou inconstitucional Lei do Estado do Paraná que tornava obrigatória, à vista do consumidor, a pesagem de botijões ou cilindros de gás liquefeito de petróleo.

O exame da razoabilidade da norma foi objeto do voto do Relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que destaca “o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade” da exigência, como inovação onerosa e de duvidosos efeitos úteis (Revista de Direito Administrativo, vol. 194 — acórdão — p. 299 e parecer p. 347).

Em duas decisões, adotadas em 11 de maio de 1994, o Tribunal Supremo rejeitou, sob invocação da regra do devido processo legal, como medida da razoabilidade da norma jurídica, a restrição oposta aos partidos sem registro definitivo impedindo a apresentação de candidatos a pleitos eleitorais (*apud* livro citado de SUZANA DE TOLEDO BARROS, p. 120 e prefácio de GILMAR FERREIRA MENDES, p. 16).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 223, embora negando a suspensão liminar da Medida Provisória n. 175 — que vedava a concessão de liminares em mandado de segurança e em ações cautelares — a ementa do acórdão de 5 de abril de 1990 assinala “a necessidade de controle de razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar” (Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 132, p. 572).

O limite máximo de trinta e cinco anos de idade na inscrição em concurso para Advogado de Ofício de Justiça Militar não é razoável, segundo afirma o acórdão de 1º de março de 1991, do plenário do Supremo Tribunal Federal, dando provimento ao Recurso em Mandado de Segurança n. 21.033, invocando o Relator, Ministro CARLOS VELLOSO, julgamento anterior no mesmo sentido (Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 135 — p. 958/s.).

Em decisão de 19 de dezembro de 1994, o Supremo Tribunal Federal expressamente admite que ofende o critério de razoabilidade e caracteriza desvio ético jurídico a norma que concede a servidor inativo a gratificação de férias atribuídas aos servidores em atividade.

Pondera o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE que “em nome do princípio da moralidade, ou do princípio da igualdade, não se pode conceder remuneração absolutamente despida de causa do serviço público. A lei agride ao princípio da razoabilidade, a meu ver, patentemente”.

A decisão mereceu comentário de MARCELO FIGUEIREDO, abonando a aplicação do princípio da razoabilidade como fundamento do aresto (Revista de Direito Administrativo, vol. 202, p. 260/s.).

O antigo Tribunal Federal de Recursos afina no mesmo diapasão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como comprova o arrolamento feito por CARLOS ALBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, na obra citada.

A aferição da falta de razoabilidade da exigência de prova de esforço físico em concurso público para delegado da polícia fundamentou a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º, n. V, da Lei n. 4.878, em julgamento de 19 de agosto de 1986.

Em outro julgado, proferido em 20 de outubro de 1983, o requisito de entrevista de natureza subjetiva para ingresso na carreira de diplomata foi considerado arbitrário e discriminatório (Mandado de Segurança n. 101.898).

Em diversos casos, o Tribunal Federal de Recursos contestou a validade de sanções administrativas como meio de obter pagamento de tributos federais, de que é exemplo o acórdão na Remessa *ex officio* n. 87.155, emitido em 1980, como exemplifica CARLOS ALBERTO DE SIQUEIRA CASTRO (ob. cit., p. 197).

Consolidando entendimento dominante, o Supremo Tribunal Federal expressa no verbete n. 70 da Súmula de Jurisprudência o ditame de que “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo” e, na mesma linha de ausência de razoabilidade, impugna “a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (verbetes n. 323) e proclama que “não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadoria nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais” (verbetes n. 547).

Em todas estas hipóteses o que se condena é a discrepância entre o meio utilizado e o fim desejado, que não guardam congruência ou adequação, tornando excessiva e desarrazoada a interdição de direitos.

Foi sob igual fundamento que, em parecer emitido em 28 de junho de 1988, entendemos ofensivo à regra da razoabilidade o art. 2º do Decreto-lei n. 2.169/84, que autorizava o bloqueio ou indisponibilidade de saldos de contas bancárias com o propósito de garantir o ressarcimento de débitos decorrentes de compromissos em moeda estrangeira. Aplicada a norma a contas de movimento do Estado de São Paulo, concluímos que a modalidade de execução forçada de crédito da União atentava contra a autonomia patrimonial do Estado-membro e se despia de proporcionalidade com o pretendido fim (Revista de Direito Administrativo, vol. 172/239 e ss.).

Também nos pareceu desprovida de razoabilidade, a importar em desvio de finalidade, lei municipal que, a título de prestigiar a organização sindical, subordinava à prévia aprovação dos sindicatos a permissão de funcionamento de estabelecimentos comerciais aos sábados e domingos (Revista de Direito Administrativo — vol. 164/455 e ss.).

A doutrina nacional e estrangeira é abundante e rica na formulação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como alicerces da validade das leis e atos administrativos.

Seria interminável a comprovação da universalidade de sua inserção entre os fundamentos essenciais da legitimidade das leis na literatura jurídica.

Optamos, assim, a título demonstrativo, pela evidência extraída da pauta dos tribunais.

### III

A Constituição de 1988 deu ênfase aos princípios éticos que lastream sua estrutura.

Destaca entre seus valores essenciais a dignidade da pessoa humana e coloca

entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1º, n. III e art. 3º, n. I).

E incorpora ao quadro constitucional o princípio do devido processo legal como elementar à garantia da liberdade e do patrimônio (art. 5º, n. LIV).

No curso de sua elaboração, o rol dos princípios reguladores da atividade da administração pública contemplava, a par daqueles que permaneceram no atual art. 37, o requisito de razoabilidade dos atos administrativos.

Suprimida na redação final do preceito, a razoabilidade reaparece, contudo, em constituições estaduais, como as do Estado de São Paulo (art. 111), do Estado de Minas Gerais (art. 13) e do Estado de Sergipe (art. 25).

A rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade.

A noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e os fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico.

A vontade do legislador, como da autoridade administrativa, deve buscar a melhor solução e a menos onerosa para os direitos e liberdades, que compõem a cidadania.

A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade.

Protegendo direitos e liberdades contra a incongruência de leis injustas, não devem os juízes ingressar em desvio equivalente, convertendo-se em legislador alternativo, tão desarrazoado quanto o condenável despautério legislativo.