

Conceito e critérios de razoabilidade: uma proposta para o direito brasileiro

Thomas da Rosa de Bustamante

1. Introdução

Apesar de sua eloquência retórica e da sua força enquanto elemento de justificação no discurso jurídico, a noção de *razoabilidade* se apresenta como um dos conceitos mais fluidos da dogmática jurídica em geral, o que torna o discurso sobre o razoável uma preocupante fonte de incerteza. De fato, podemos dizer, com Neil MacCormick (1984, p. 131), que a razoabilidade é uma *noção de conteúdo variável*, sendo um daqueles valores sobre os quais há, de modo geral, um amplo consenso enquanto eles restam indeterminados, mas sérias controvérsias quando são aplicados a uma situação concreta.

Enquanto *conceito valorativo* – ou seja, conceito que opera em uma linguagem de segundo grau para classificar, como corretos ou incorretos, outros conceitos adotados na linguagem ordinária – a razoabilidade demanda, como consequência prática, a necessidade de se estabelecer *critérios* que permitam justificar os juízos formulados em seu nome (Alexy, 2002, p. 151-2). A razoabilidade, enquanto tal, é uma noção completamente vazia, de modo que se deve indicar, sob pena de chegar a verdadeiros sofismas, quais os critérios de razoabilidade são adotados em cada caso concreto.

· Thomas da Rosa de Bustamante é advogado; mestre em Direito pela UERJ; doutorando em Direito pela PUC-Rio; e professor da Universidade Federal de Juiz de Fora.

É atrás desses critérios que nos moveremos no presente trabalho. Ora, um conceito valorativo se define através dos critérios utilizados na sua aplicação prática, e nisso reside sua função normativa. Tentaremos, nos parágrafos que se seguem, reconstruir os significados admissíveis para a expressão razoabilidade no campo da aplicação judicial do Direito. Antes, porém, faremos breves considerações sobre o fundamento e a natureza do standard da razoabilidade.

2. Fundamento do princípio da razoabilidade

Há tanto quem pretenda associar a razoabilidade à cláusula do denominado *Due Process of Law*, notadamente em sua faceta substantiva (Barroso, 1998), quanto quem busque fundamentá-la a partir de uma argumentação jusnaturalista (Cf. Barroso, 1998). De mais a mais, muitos a associam à *proibição de excesso* ou à teoria do *'détournement du pouvoir'* no Direito Administrativo (Cf. Barroso, 1998).

Nenhum desses caminhos é infalível. De um lado, falar em uma dimensão substantiva do princípio do devido processo legal soa muito mais retórico do que funcional, haja vista que meramente substitui a indeterminação da palavra “razoabilidade” por outra noção ainda mais confusa. Ninguém, até hoje, conseguiu definir, minimamente, qual seria o conteúdo dessa dimensão material do *Due Process of Law*. A própria fundamentação de uma tal dimensão substantiva do princípio processual parece seriamente questionável em um sistema de *civil law*, como o Brasil. De outro lado, associar a razoabilidade à proibição de excesso ou à teoria do abuso de poder parece limitar, por demasiado, o próprio alcance do princípio, o que pode causar sérios danos à sua operacionalidade e à sua potencialidade crítica. Além do mais, esses dois últimos caminhos parecem misturar o problema da fundamentação com o da delimitação do conteúdo da exigência de razoabilidade, que são coisas diferentes.

O que observamos, na prática, é a necessidade de um método *universalmente válido* para fundamentar a exigência de razoabilidade das decisões jurídicas, um método que possa ser viável para qualquer sistema jurídico contemporâneo. De fato, pelo menos no mundo dito “ocidental”, há na literatura jurídica uma espécie de consenso acerca da vigência de tal norma, muito embora diferentes caminhos sejam seguidos para justificá-la.

Parece adequada, nesse sentido, a tese de Robert Alexy acerca da *pretensão de correção* existente em todos os atos institucionais de produção do Direito (seja o ato de promulgar uma Constituição ou, mais concretamente, o ato de decidir um caso concreto com fundamento no direito positivo). Tal pretensão de correção está presente toda vez que algum juiz decide uma questão jurídica¹, e envolve necessariamente dois aspectos: a) a pretensão de que a decisão está corretamente substanciada à luz do direito positivo, qualquer que seja o seu conteúdo; e b) a pretensão de que a decisão é justa e razoável (Alexy, 1999, p. 382).

Dizer que a exigência de razoabilidade faz parte da denominada *pretensão de correção* significa, assim, dizer que ela está implícita em todos os contextos de produção/aplicação do Direito, sendo, portanto, universalmente válida e objetivamente justificável. Aceita a *pretensão de correção*, resolvido está o problema da fundamentação da exigência de razoabilidade.

3. Natureza da exigência de razoabilidade

Até o momento usamos indistintamente as expressões “princípio”, “*standard*” e “máxima” para qualificar a razoabilidade. No entanto, se nos preocuparmos em delimitar com maior precisão a sua natureza jurídica precisaremos de maior rigor terminológico. É que como *conceito valorativo* a razoabilidade assume, na dogmática jurídica, o papel de um parâmetro para avaliar e, essencialmente, *criticar* decisões jurídicas particulares. Funciona, em última análise, como um critério – ou melhor, um feixe de critérios – para decidir de forma correta (MacCormick, 1984, p. 133).

De princípio não se trata porque reservamos para essa expressão um significado mais restrito, que compreende as normas que remetem a um estado de coisas posto como ideal (*ideal oughts*), e não um parâmetro metodológico para a aplicação do Direito. Aproxima-se mais de um *standard*, uma *diretiva* ou um *postulado normativo-aplicativo* (Ávila, 2003), i. e., uma metanorma ou norma metodológica que estrutura a aplicação dos princípios e regras existentes num dado ordenamento jurídico.

¹ A pretensão de correção seria, assim, uma pressuposição implícita no ato de decidir. Não faria sentido algum dizer, por exemplo, que “o Estado X é uma república federativa e injusta” ou “condeno o Sr. X a dez anos de prisão, embora isso não seja correto”.

4. Em busca dos *critérios* de razoabilidade

Nas concepções contemporâneas acerca da razoabilidade há acordo de que a razoabilidade é um *plus* em relação à mera racionalidade em sentido estrito. Nem tudo que é estritamente racional é razoável, mas para algo ser razoável deve, antes, ser estritamente racional (Atienza, 1987, p. 193). Enquanto a noção de razoabilidade aponta a um *resultado* – em linhas gerais, o aceitável socialmente –, a de racionalidade em sentido estrito se refere a um *procedimento* (Ibidem). O estritamente racional, no discurso jurídico, se mede pelo seguinte: 1) respeita as regras da lógica; 2) respeita os princípios da racionalidade prática (princípios de consistência, coerência, eficiência, generalização, sinceridade etc); 3) é adotada sem se deixar de utilizar alguma fonte do direito de caráter vinculante; e 4) não se adota sobre a base de critérios éticos, políticos etc, não previstos especificamente no ordenamento jurídico. A razoabilidade, por sua vez, exige um *algo mais*. É sobre esse *algo mais* que a controvérsia ainda permanece na dogmática jurídica contemporânea.

A seguir, faremos um inventário dos critérios mais importantes para delimitar o conteúdo desse “algo mais”.

4.1. Razoabilidade como proporcionalidade

Inicialmente, se poderia defender que a razoabilidade, “em seu significado mais estreito de direito constitucional”, se identificaria com o princípio da proporcionalidade (Alexy, 2002, p. 155).

Reconduzir a razoabilidade à proporcionalidade teria duas vantagens: 1) os três subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – forneceria claros critérios de caráter formal; e 2) seria possível distinguir os critérios formais de razoabilidade dos argumentos substanciais que operam no discurso jurídico, quando da aplicação da máxima da proporcionalidade.

Essa postura, aliás, goza de grande aceitação no Brasil, em especial no Supremo Tribunal Federal, o qual emprega, rotineiramente, as expressões *razoabilidade* e *proporcionalidade* como sinônimas². Com efeito, esta última tem sido, nos últimos dez anos, um parâmetro extremamente claro para a ponderação, a restrição e a aplicação de princípios consti-

² Sobre o tema ver Silva (2002).

tucionais, o que, sem dúvida nenhuma, torna mais controláveis as valorações jurídicas que diuturnamente acontecem na atividade jurisdicional. Todavia, não nos parece conveniente a equiparação. Muito se perde com a superposição das noções de razoabilidade e proporcionalidade.

De fato, a razoabilidade é conceito que – por sua ligação com as idéias de *justiça* e *equidade* – tem um alcance mais amplo do que se poderia esperar para a proporcionalidade entre meios e fins. Essa última, aliás, apesar de extremamente importante para as ponderações de princípios, tem sido insuficiente para a criação de exceções a *regras jurídicas válidas*. Exilar a razoabilidade na moldura rígida da proporcionalidade seria um aprisionamento de pouca utilidade para a prática jurídica, noutras palavras, um empobrecimento metodológico. Lembra a atitude daqueles positivistas metodológicos que, não conseguindo resolver os problemas mais difíceis da teoria jurídica – por exemplo, estabelecer critérios de valoração nos casos difíceis – reduzem o seu objeto à análise da estrutura lógica da norma e do ordenamento, fugindo das questões mais complexas.

Só se poderia falar em “razoabilidade como proporcionalidade” se se estivesse diante de *um* critério de razoabilidade, sem qualquer pretensão de exaustividade, o que provavelmente não é recomendável, uma vez que a máxima da proporcionalidade já tem cumprido satisfatoriamente, por si só, o seu papel.

Como veremos, a razoabilidade, mesmo em um sentido mais estreito – ou, se preferir, especificamente jurídico –, comporta análises que não são nem mais nem menos importantes que aquelas levadas a cabo pela proporcionalidade, mas seguramente são diferentes. Razoabilidade é um termo suficientemente amplo para abranger *equidade, exigência de um suporte empírico adequado para a regulação normativa e justificabilidade dos critérios de diferenciação em vista do princípio da igualdade* (Ávila, 2003).

4.2. Razoabilidade como *equidade*

Um dos sentidos mais antigos, e sem dúvida nenhuma mais ricos, do postulado da razoabilidade é o de *equidade*, tal como Aristóteles já o compreendia em sua *Ética a Nicômaco*. O seguinte parágrafo, embora extenso, revela bem a concepção desse grande filósofo:

(...) a equidade, embora justa, não é justiça legal, mas sim uma retificação da justiça legal. A razão disso é que a lei é sempre uma declaração geral; no entanto, existem casos que não podem ser abrangidos numa declaração geral. (...) Assim sendo, quando a lei formula uma regra geral e depois disso surge um caso que é exceção a essa regra, é correto, ali onde o pronunciamento do legislador é imperfeito e errôneo por causa do seu poder absoluto, retificar o defeito, decidindo como o próprio legislador decidiria se estivesse presente na ocasião, e como ele teria decretado se tivesse sido notificado do caso em questão (Aristóteles, 2002, p. 16).

A razoabilidade exige, nessa acepção, uma adaptação do direito – abstratamente concebido – ao caso concreto por ele desconsiderado. Isso implica a rejeição da máxima *ita lex o dura lex sed lex*, condicionando a aplicação do direito positivo à adequação da norma à realidade sobre a qual ela incidirá: “se a lei é «dura», será esta é que deverá ceder passo ao caso concreto e às suas exigências” (Zagrebelky, 1994, p. 190).

Estamos, aqui, diante de casos cuja *anormalidade* torna desarrazoada a aplicação da norma geral (Ávila, 2003), pois as propriedades não levadas em conta pelo legislador fazem com que a incidência da norma sobre o caso concreto vá contra alguns princípios fundamentais do ordenamento jurídico ou, o que é mais comum, as próprias razões justificadoras da norma – *law's purpose* (Ibidem).

Trata-se de uma perspectiva que abandona o ideal, típico do formalismo jurídico, de que seria possível uma “norma perfeita”, capaz de fornecer uma *descrição completa* de todas as situações em que ela viesse a ser aplicada; tal hipótese é tida como *francamente irrealista*, de modo que, ao lado de um discurso de justificação das normas jurídicas em geral, é conveniente um *discurso de aplicação* do direito ao caso concreto (Günther, 1995).

Ao se aplicar a razoabilidade-equidade, tem-se que as regras jurídicas, em geral, não estabelecem mais do que condições *ordinariamente necessárias* e *presumidamente suficientes* para as conseqüências que prevêm (MacCormick, 1995). Em toda regulação jurídica, há certas pressuposições implícitas (Ibidem, p. 101) – definidoras de um contexto de aplicação das normas jurídicas – que, tendo em vista os limites à precisão e à exaustividade dos enunciados normativos, não puderam ser expressamente estabelecidas pelo legislador (Ibidem, p. 103). Ausentes

essas pressuposições implícitas – que compõem um verdadeiro direito não escrito – não há falar em observância incondicional da norma.

Saliente-se, neste particular, que os juristas não absolutamente formalistas sempre aplicaram, ainda que inconscientemente, a razoabilidade no sentido aqui exposto. Reflexões dogmáticas hoje consideradas relativamente antigas, como a *teoria da imprevisão* – a qual, em linhas gerais, prevê que os contratos contêm implícita a cláusula *rebus sic santibus*, abrandando a formulação categórica do brocardo *pacta sunt servanda* – são bons exemplos dessa tendência.

A razoabilidade-eqüidade atua, portanto, como um *teste de relevância* para verificar a adequação da norma ao caso e formular, eventualmente, *exceções* às regras jurídicas existentes. Remetemo-nos, para melhor explicar esse ponto, ao caso *Read vs. Lyons & Co. LTD.*, exemplo que Neil MacCormick (1984) utiliza para retratar esse teste. No caso em questão, o requerente era um inspetor do governo britânico que foi seriamente ferido em uma explosão em certa fábrica de munições; pleiteou indenização ao fundamento de que o proprietário da fábrica estaria sujeito à responsabilidade objetiva (*strict liability*) em caso de lesões ocorridas no interior de seu estabelecimento. A *House of Lords*, de antemão, *rejeitou* tal argumento, firme que se manteve à jurisprudência de que “a liberdade de ação dos homens está sujeita somente à obrigação de não infringir qualquer dever de cuidado para com os outros”. Não obstante, *naquele caso*, tendo em vista aquela situação específica – a de o industrial se dedicar a “coisas e operações perigosas em si mesmas” – a regra geral deveria ser excepcionada, ou seja, haveria direito à indenização³.

Entre nós, merece destaque o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu ser juridicamente permitido o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus do HIV, “*ainda que tal moléstia não se encontre elencada no art. 20, XI, da Lei 8.036/90*”, afastando-se a aplicação de uma norma jurídica que proibia o resgate dos valores do fundo fora das hipóteses taxativamente previstas na lei⁴. Partindo de

³ A *House of Lords* formulou, na ocasião, uma diretiva aberta, fixando que a negligência necessária para a responsabilização e o risco da atividade desempenhada pelo industrial não deveriam ser vistos como parâmetros absolutos, sendo a *razoabilidade* do dever de cuidado – ou da indenização – uma questão de *graus* (*in*. MacCormick, 1984, p. 135).

⁴ STJ, RESP. 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU de 26.06.2000, p. 138.

uma análise da finalidade social do Fundo e com base nos princípios constitucionais de proteção aos direitos à vida, à saúde e à dignidade humana, o Tribunal afasta a “letra fria da lei”, rompendo com os significados possíveis do texto que veicula a norma jurídica excepcionada.

Nos dois casos, a razoabilidade atuou seletivamente como um *valor-função* para contrastar a relevância das individualidades do caso concreto com a descrição hipotética da norma geral existente. Ao contrário de um *valor-em-si-mesma* (*value-in-itself*), a razoabilidade é um *valor-função* (*value-function*) porque fixa um parâmetro interpretativo para especificar os *fatores de valoração* (*value-factors*) que são relevantes para um julgamento sobre a existência ou não de justificabilidade nos casos particulares em análise (MacCormick, 1984, p. 143).

É nesse espaço intermediário entre *fatos* e *normas* que a razoabilidade atua, na forma de um parâmetro normativo – ou, talvez, metanormativo, na medida em que o postulado da razoabilidade se situa não no nível das normas jurídicas propriamente ditas, mas no nível das metanormas ou diretivas que se voltam para o trabalho dos juristas – que busca a justiça do caso concreto⁵.

4.3. Razoabilidade como *dever de congruência*

Enquanto manifestação da *equidade*, a razoabilidade se refere, dianteiramente, a *quaestio facti*, i. e., à pertinência e relevância dos fatos para a aplicação do direito. Como *dever de congruência* essa perspectiva é alterada. Embora qualquer juízo de congruência só possa ser formulado a partir de certas premissas empíricas extraídas da realidade, não se está aqui a verificar apenas a aplicação de uma norma cuja validade não se questiona, mas a justificabilidade dos próprios enunciados normativos. Se adotarmos a diferença entre *justificação* e *aplicação* de normas, idéia bem lançada por Klaus Günther (1995, p. 289), diremos que estamos saindo do último terreno – da mera aplicação de normas válidas – para ingressar no primeiro – da justificação de normas gerais de conduta.

⁵ Não cogitamos, entretanto, de uma concepção jusnaturalista de equidade, na medida em que a exigência de razoabilidade se contenta com um a busca de uma solução justa e adequada de acordo com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico. A equidade, tal como hoje ela é concebida, permite decisões *contra legem*, mas *intra ius*.

Enquanto dever de congruência, “a razoabilidade exige a harmo-nização das normas com as suas condições externas de aplicação” (Ávila, 2003, p. 98). A fim de que uma norma – ou qualquer ato jurídico – possa ser considerado “razoável” é necessário um *suporte empírico adequado* para a medida adotada (Ibidem)⁶. Um exemplo do Supremo Tribunal Federal pode ser interessante para clarificar essa noção: em sede de recurso extraordinário, a Primeira Turma do Tribunal julgou desarrazoada a exigência de uma altura mínima para o cargo de escrivão de polícia, tendo em vista que *o fator altura é “irrelevante para as atribuições do cargo”*⁷.

No mesmo sentido, o tribunal julgou inconstitucional uma lei estadual que estabeleceu um adicional de férias inclusive para os servidores inativos⁸. Aqui, o problema está no fato de que tal adicional traduziria uma “vantagem destituída de causa e do necessário coeficiente de razoabilidade, na medida em que só deve ter adicional de férias quem tem férias” (Ávila, 2003, p. 98).

Nota-se, nas decisões mencionadas, que a razoabilidade estabelece um teste de relevância para a realidade fática sobre a qual a norma repousa, analisando a aceitabilidade racional das *premissas empíricas* de que parte o legislador – ou, no primeiro caso, o administrador que elabora a norma editalícia. A razoabilidade atua, nessa dimensão, no plano da validade da norma, com o fito de verificar se ela prevê – ou não – um retrato suficientemente seguro da realidade extrajurídica.

4.4. Razoabilidade e a relação entre os critérios de diferenciação e as medidas adotadas pelo legislador

Pode-se dizer – como o faz novamente Humberto Ávila (2003) – que a razoabilidade evoca uma relação adequada entre “o critério de diferenciação escolhido” e “a medida adotada” pelo legislador. Trata-se da razoabilidade como igualdade (Zagebelsky, 1994), ou, mais especificamente, como *medida da diferenciação* de tratamento dado pela lei a certas situações particulares. O teste de relevância empreendido neste domínio diz respeito à consideração das razões que justificam um tratamento não uniforme a casos que, à primeira vista, estariam compreendidos em um esquema geral mais amplo.

⁶ Ver também, sobre esse ponto, Zancaner, (2001).

⁷ STF, 1ª Turma, RE 194952-MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11/09/2001, DJ de 11/10/2001.

⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC, DJU de 26/05/1995, *apud* Ávila (2003).

De fato, o princípio constitucional da isonomia – no caso brasileiro, art. 5º, *caput*, da Constituição – estabelece um dever de igual tratamento para todos, *ressalvadas as ocasiões em que houver fundadas razões para um tratamento privilegiado – ou, eventualmente, mais severo – a um certo grupo*. A razoabilidade funciona, aqui, como parâmetro para a aferição da violação à igualdade ou justiça formal, compreendendo a seleção dos fatores que devem ser considerados relevantes para um tratamento jurídico especial.

O julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da lei que excluía as sociedades civis de profissão legalmente regulamentada do denominado SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – pode ser um bom exemplo. Na ocasião, o tribunal entendeu que essas sociedades

não sofrem impacto do domínio de mercado pelas grandes empresas; não se encontram, de modo substancial, inseridas no contexto da economia informal; em razão do preparo científico, técnico e profissional de seus sócios, estão em condições de disputar o mercado de trabalho, sem assistência do Estado; não constituiriam, em satisfatória escala, fonte de geração de empregos se lhes fosse permitido optar pelo «Sistema Simples»”, de modo que sua exclusão do regime fiscal favorecido para microempresas “não caracteriza a discriminação arbitrária, porque obedece critérios razoáveis adotados com o propósito de se compatibilizá-los com o enunciado constitucional”⁹.

Como se vê, analisou o tribunal a *justeza* ou *adequação* dos critérios de diferenciação estabelecidos pelo legislador para um determinado conjunto de contribuintes, em face da exigência *prima facie* de igualdade formal de tratamento¹⁰. Sem apoio na razoabilidade, não há como saber

⁹ STF, Tribunal Pleno, ADIMC 1.643, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 19/12/1997.

¹⁰ Obviamente, nem toda decisão que aplica o postulado da razoabilidade-igualdade é, *per se*, “justa” ou “correta”. Para penetrar nessa discussão é necessária uma avaliação ulterior, a fim de verificar cada uma das premissas utilizadas na decisão. No caso em questão, por exemplo, é altamente discutível se os critérios de diferenciação apontados no acórdão se compatibilizam com a proibição de tratamento diferenciado *em razão da atividade profissional* (art. 150, II, Constituição), que parece restringir as hipóteses de diferenciação às diferentes capacidades contributivas dos indivíduos. O exemplo é interessante, porém, para demonstrar o caráter *formal* e *neutro* do postulado da razoabilidade.

se há ou não violação à igualdade. O problema, no entanto, é que a razoabilidade continua sendo um conceito formal, sem conteúdo, pois apenas nos mostra quais as variáveis deverão ser comparadas, deixando espaço para que o intérprete estabeleça suas próprias valorações. Isso não esvazia, porém, a utilidade desse postulado, pois ele pelo menos nos mostra quais são essas valorações e como elas devem ser fiscalizadas.

4.5. Razoabilidade como um *mínimo* de justiça material

Finalmente, é hora de ousarmos um pouco e tentarmos encontrar, na razoabilidade, fundamento para uma *justificabilidade axiológica* da decisão jurídica. Se for esse o caso, o postulado da razoabilidade pode estabelecer ligações entre direito e justiça, exigindo do direito positivamente válido um *mínimo de substância moral*. Nesse sentido, impende focalizar a concepção de razoabilidade como *aceitabilidade racional*, proposta por Aulis Aarnio (1991). Esta seria uma “propriedade final do processo de justificação jurídica”, vinculando-se à concepção habermasiana de racionalidade comunicativa como forma de *racionalidade prática*. O problema central da justificação jurídica, em Aarnio, é justamente essa aceitabilidade racional das decisões jurídicas concretas, que abarca uma série de requisitos de caráter ideal.

Talvez o mais importante deles seja a idéia de *certeza jurídica*, que para o autor é um dos *fins* que a argumentação jurídica busca alcançar, abrangendo dois elementos: 1) a exigência de que a arbitrariedade seja evitada (que se liga à previsibilidade dos comportamentos exigidos dos sujeitos de direito em geral, que é alcançada se a decisão se mantém no quadro do ordenamento jurídico vigente); e 2) a exigência de que a decisão seja apropriada (Aarnio, 1983, p.393). De acordo com esse segundo elemento, “o resultado da decisão deve ser *correto* no aspecto material”, ou seja, a decisão deve estar fundamentada não apenas em normas jurídicas válidas, mas também deve cumprir certos critérios de natureza moral, sendo que sem essa adaptabilidade da prática jurídica à moralidade crítica não se poderia falar em “decisões razoáveis”.

A aceitabilidade racional compreenderia, além de uma racionalidade procedimental, uma *aceitabilidade axiológica* (Aarnio, 1991), que demanda inexoravelmente a legitimidade da decisão (ou do “resultado da interpretação”).

Para ser racionalmente aceitável, a decisão deveria preencher, linhas gerais, os seguintes critérios estabelecidos para a crítica jurídica (Aarnio, 1983): (i) a decisão deve ser alcançada a partir de um discurso em que todas as partes utilizem a mesma linguagem; (ii) o processo de justificação jurídica deve ser racional à luz da razão comunicativa (*D-rationality*)¹¹, isto é, das *regras do discurso* ou da argumentação jurídica; (iii) a decisão deve seguir as regras de interpretação jurídica existentes no contexto social em que é prolatada; (iv) a decisão deve estar ancorada, de alguma forma, em uma *fonte do direito*; e (v) nos casos difíceis, as decisões devem estar fundamentadas em um certo sistema de valores vigentes na comunidade.

Para Aarnio (1983, p. 396), “o núcleo da justificação jurídica reside em uma *mistura* entre esses argumentos jurídicos, empíricos e morais”, sendo a *razoabilidade* a combinação ponderada (*balanced combination*) desses diferentes elementos de justificação.

Esta associação entre elementos morais e jurídicos é, em nosso entendimento, extremamente bem vinda no direito brasileiro, havendo razoáveis indícios de que será bem recebida no Supremo Tribunal Federal, como se pode notar no seguinte trecho de um voto do Ministro Marco Aurélio:

“Senhor Presidente, desde os meus primeiros dias no ofício judicante compreendi que o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que possua. A seguir, então, em respeito à almejada segurança nas relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese. Concluindo pela harmonia entre o resultado mais equânime e a ordem jurídica estabelecida, consagra-a, e, com isto, concretiza a justiça na concepção mais ampla do termo”¹².

¹¹ Um exemplo de racionalidade discursiva (D-rationality) seria a teoria da argumentação de Alexy, que compreende o discurso jurídico como imerso em um contexto democrático que permita a livre transmissão de argumentos e a simetria das partes (situação habermasiana de fala) (Alexy, 1997). Discordamos, no entanto, que um sistema de regras do discurso como o de Alexy não seja suficientemente amplo para abarcar todos os cinco critérios mencionados acima, como Aarnio sustenta.

¹² STF, Segunda Turma, RE 140.265-2, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/10/1992, DJ de 28/05/1993.

No entanto, ainda remanesce obscuro, no pensamento de Aarnio, o problema do conflito (eventual) entre uma solução bem ordenada do ponto de vista moral e uma solução puramente jurídica. A saída do Ministro Marco Aurélio é levemente inclinada ao positivismo, no sentido de que “não encontrando apoio na dogmática, (o juiz) despreza a solução que lhe pareceu mais justa e atua segundo a vontade da lei” (Ibidem).

5. Considerações finais

A esta altura, consideramos concluído o *mapa semântico* que procuramos traçar. O escopo desse trabalho não foi propor uma *nova* concepção de razoabilidade, mas simplesmente dar conta dos *usos* que se pode fazer da expressão no contexto da dogmática jurídica. Procurou-se, especialmente, explorar as potencialidades *normativas* da idéia-força de razoabilidade, a fim de deixar claros os critérios que a definem e a sua *força argumentativa* no plano prático-decisório da aplicação do direito.

Muitos dos critérios ou aceções de razoabilidade propostos se superpõem – alguns até coincidirão quando aplicados pelos tribunais – mas todos eles podem ser definidos autonomamente e contribuem, ao seu modo, para justificar de forma suficiente os juízos de valor tomados diante de casos difíceis.

Com a sistematização proposta, procuramos dar ferramentas metodológicas para o jurista e evitar a prática – tão comum quanto deplorável – de se utilizar a razoabilidade como “cláusula de bloqueio” para a argumentação jurídica, parando a discussão justamente onde ela deve se iniciar. Não basta dizer que algo é razoável; é preciso saber *com que parâmetros, em quais dos sentidos* da expressão, e, principalmente, *por quê*

6. Referências bibliográficas

- AARNIO, Aulis (1991). *Lo racional como lo razonable* (trad. Ernesto Garzón Valdès). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (1983). Argumentation Theory – and beyond. Some remarks on the Rationality of Legal justification. *In. Rechtstheorie* 14, 4. p. 385-400.
- ALEXY, Robert (1997). *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo). Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- _____. (1999) The special case thesis, *in. Ratio Iuris*, vol. 12, n. 4. Oxford: Blackwell Publishers. p. 374-84.

- _____ (2002). Ragionevolezza nel Diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione (trad. Massimo La Torre), *in*. La Torre, Massimo *et* Spadaro, Antonio (orgs). *La ragionevolezza nel diritto*. Torino: Giappichelli. p. 151-7.
- ARISTÓTELES (2002). *Ética a Nicômaco – Livro V*, *in*. Morris, Clarence (org). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes. p. 5-31.
- ATIENZA, Manuel (1987). Para una razonable definición de razonable, *in*. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 4. Alicante. p. 189-200.
- _____ (2000). *As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica* (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino). São Paulo: Landy.
- ÁVILA, Humberto (2003). Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros.
- BARROSO, Luís Roberto (1998). *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2. ed.
- GÜNTHER, Klaus (1995). Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica (trad. Juan Carlos Velasco Arroyo), *in*. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 17-18. Alicante, 1995. p. 274-302.
- MACCORMICK, Neil (1984). On Reasonableness, *in*. Perelman, Chaim *et* Vander Elst, Raymond (orgs). *Les notions a contenu variable en droit*. Bruxelles, E. Bruylant, 1984. p. 131-56.
- _____ (1995). Defeasibility in law and logic, *in*. Bankowski, Z *et* alli (orgs). *Informatics and the foundation of legal reasoning*. Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 99-117.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da (2002). O proporcional e o razoável, *in*. *Revista dos Tribunais*, Ano 91, v. 798. p. 23-50.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1994). Su ter aspetti della ragionevolezza, *in*. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale – Riferimenti comparatistici – Atti del seminari svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre, 1992. Milano, Giuffrè. p. 178-92.
- ZANCANER, Weida (2001). Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estão Social e Democrático de Direito, *in*. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica – CAJ, v. 1, n. 9 – dezembro de 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>.