

RAZOABILIDADE: DO CONTEXTO FÁTICO AO TESTE LÓGICO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

REASONABLENESS: FROM FACTUAL CONTEXT TO THE LOGICAL TEST IN THE INTERPRETATION OF LAW

DOI: XXXXXXX

Sérgio Rodrigo de Pádua

Doutorando e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil - Centro Universitário Autônomo do Brasil (Curitiba). Professor de Direito na Faculdade de Tecnologia de Curitiba (FATEC-PR), lecionando as disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica. É pesquisador na área de Direito, Tecnologia e Inteligência Artificial. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

E-mail: paduajuridico@gmail.com

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-0859-6497>

Bruno Meneses Lorenzetto

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014).

E-mail: bruno_lorenzetto@yahoo.com.br

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3781-3278>

RESUMO: O presente artigo analisa a razoabilidade, com ênfase para o desenvolvimento deste a partir da legislação e das decisões do Supremo Tribunal Federal, passando-se à constatação da existência seis facetas do fenômeno. A abordagem para a estruturação de razoabilidade utiliza categorias teóricas da argumentação jurídica, em especial de Neil MacCormick, e estudo do caso *Wednesbury* para a definição do teste de idoneidade lógica no sentido estabelecer congruência entre a base fática e o direito que a permeia no momento da interpretação jurídica. Este estudo trata-se de pesquisa que é qualitativa (análise do teste de *Wednesbury* a partir da teoria da argumentação), aplicada (contribui para a construção de modelo de

razoabilidade adequado), descritiva quanto aos objetivos (descreve o funcionamento do teste de idoneidade lógica inerente à razoabilidade) e bibliográfica e documental quanto aos procedimentos (faz uma análise de estudos prévios sobre o tema e de diplomas legais). Os resultados demonstram que: a teoria acerca da razoabilidade demanda maior estudo no Brasil, especialmente no que se refere aos seis testes de razoabilidade indicados na pesquisa; que é possível se fazer uma aproximação entre os testes de absurdidade, arbitrariedade, perversidade e capricho, advindos da fórmula *Wednesbury*, e a ideia de razoabilidade desenvolvida no Brasil, definindo-se o teste de idoneidade lógica.

PALAVRAS-CHAVE: Razoabilidade; Contexto Fático; Teste de Idoneidade Lógica; Teste *Wednesbury*.

ABSTRACT: This article analyzes reasonableness, with an emphasis on its development based on the legislation and Brazilian Constitutional Court's decisions, going on to verify the existence of six facets of the phenomenon. The approach to structuring the idea of reasonableness uses theoretical categories of legal argumentation, in particular by Neil MacCormick. The *Wednesbury* case is also studied to define the logical test inherent of the congruence between the factual basis and the law that permeates it in legal interpretation. This research is qualitative (analysis of *Wednesbury*'s test based on argumentation theory), applied (contributes to the construction of an adequate reasonableness model), descriptive (describes the functioning of the logical test inherent to reasonableness) and bibliographic and documentary (makes an analysis of previous studies and legal statutes). The results demonstrate that: the theory about reasonableness requires further study in Brazil, especially about the six tests of reasonableness indicated in this research; that it is possible to make an approximation between the tests of absurdity, arbitrariness, perversity and caprice, arising from the *Wednesbury* formula, and an idea of reasonableness developed in Brazil, defining the logical test in the Law.

KEY-WORDS: Reasonableness; Factual Context; Logical Test; *Wednesbury* Test.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Razoável: os Limites Fáticos e a Expressão da Razoabilidade. 3. Razoabilidade: do Teste *Wednesbury* ao Teste de Idoneidade Lógica. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 Introdução

O direito positivo tem sua importância reconhecida na Teoria do Direito, mesmo após o movimento denominado como pós-positivismo (ainda que não seja um fenômeno isolado ou singular), sendo que há um papel de destaque ao direito

normatizado e os debates sobre os desafios de sua aplicação continuam contemporaneamente interessantes e altamente relevantes.

Em imagem que evoca parte do problema, pode-se citar a famosa pintura renascentista de Rafael denominada a *Escola de Atenas*, na qual percebe-se Platão indicando para cima com o dedo em riste, numa clara menção ao pensamento sobre o abstrato e o idealizado e, ao seu lado, destaca-se a figura de Aristóteles com a palma da mão estendida a indicar a importância do pensamento sobre tudo que é alcançável pelos sentidos humanos. Suprassensível e sensível, abstrato e concreto, ideal e factual são abordagens complementares que se destacam no estudo das ciências humanas, especialmente no estudo do Direito.

Hans Kelsen teve grande importância ao defender a pureza metodológica da análise do Direito¹ (ou, de maneira mais específica, da Ciência do Direito) mediante a redução do trabalho do jurista à função de um estudioso de normas e sistemas normativos, o que se denominou de escola normativista. O normativismo de Kelsen, ainda que tenha sua valorosa colaboração para a Teoria do Direito, encontrou limitações na explicação do fenômeno jurídico², especialmente na explicação da relação fato-norma³ a partir da teoria da interpretação delineada pelo referido autor.

Num momento posterior, diversas escolas de Direito deram destaque para a relação entre o mundo do dever ser e sua conformação com o mundo do ser, pelos limites ao idealizado numa moldura do realizável no plano prático, mediante a necessária congruência entre o mundo normativo e o mundo fático.

Com base em tal dicotomia, a realidade seria construída por aquilo que é tangível, por fatos materiais e fatos jurídicos. Sendo que o Direito seria uma amálgama normativa e axiológica (valorativa) sobre aquilo que existe, sobre a realidade fática (o mundo ontológico). Para uma abordagem desta dicotomia a partir da perspectiva do

¹ KELSEN, Hans. **Teoria do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 7.

² MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Vol. I. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2.^a ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 24-44.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 388.

Direito cabe um recorte sobre a importância do aspecto ontológico para a formação do fenômeno jurídico, em especial no que toca ao estudo da razoabilidade.

Delineia-se o Direito e sua interpretação a partir do pressuposto de que antes do jurídico há o ontológico, eis que, existe o fato que se impõe inexpugnável diante dos sentidos, o qual exerce dupla função: por um lado limita o discurso jurídico a partir da razão prática e, por outro lado, é a base mínima que afiança os acordos semânticos sobre a aplicação do Direito.

A respeito dessa interação entre o mundo fático e o mundo normativo, a fim de se chegar à dinamicidade da aplicação do Direito, a ideia de razoabilidade tem papel de destaque, e é sobre ela que trata o presente estudo.

Dessa forma, o primeiro tópico traça as linhas acerca da previsão normativa específica da razoabilidade no Direito brasileiro, bem como da larga utilização da razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, num caminho de destaque da autonomia dos testes de razoabilidade, mediante elementos que lhe são próprios.

Já o segundo tópico expõe a tradição da razoabilidade a partir do teste de *Wednesbury*, nas duas fases deste, e sua aproximação do teste de idoneidade lógica referente à razoabilidade. Assim, o presente trabalho busca evidenciar o papel da dimensão ontológica na definição do campo jurídico e suas respectivas tensões.

Eis que, entende-se insuficiente uma epistemologia jurídica totalmente desconectada do mundo da vida concreto, bem como, não é mais defensável um apelo à realidade que prescindia das mediações institucionais e, em particular das estabelecidas pelo Direito. Dado que, as experiências históricas trágicas do século XX devem ser consideradas como evidências próximas, para que não se repitam nunca mais.

Não é possível saber de modo definitivo como evitar que isso ocorra em cenários futuros. Sabe-se, não obstante, quais são os ingredientes que podem auxiliar na construção de um Estado Democrático de Direito. A razoabilidade, ao ser compreendida como meio para aprimorar o processo decisório jurídico, apresenta-se

como elemento de grande relevo para o constitucionalismo democrático e para aqueles que procuram trilhar por seus caminhos.

2. O Razoável: Os Limites Fáticos e a Expressão da Razoabilidade

No atual estágio do conhecimento produzido pela humanidade é possível registrar uma série de importantes desenvolvimentos em diferentes campos do saber. Porém, não são todas as pessoas que precisam ou querem compreender de maneira pormenorizada e, com o respectivo domínio da linguagem técnica particular, como funciona a física quântica (ou mesmo a newtoniana), a teoria da evolução ou uma pesquisa antropológica. Isso indica que um sistema de percepção fática não precisa inferir todo o mundo da vida à sua volta, simplesmente porque isso não é sempre computável pela mente humana em sua integralidade.⁴

Na aplicação da razoabilidade, em suas diversas facetas, parte-se de uma interpretação da realidade, da construção interativa entre o sistema normativo jurídico e o mundo fático (ambos permeados pelo posicionamento humano decorrente do mundo axiológico). Nas abordagens da razoabilidade as decisões são testadas e aferidas pela *régua* do mundo da vida, de modo que aquelas decisões que desafiem à lógica do que regularmente acontece no mundo fático, devem ser afastadas e tidas como irracionais, ou simplesmente irrazoáveis.

Há um primeiro nível de interação entre o mundo da vida e a norma, interação esta que passa pela *seleção da norma aplicável* a determinado fato, o que se define com maior grau de determinabilidade e é demonstrado por autores como Neil

⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, edição do Kindle, posição 613; ROVELLI, Carlo. **A Ordem do Tempo**. Tradução: Silvana Cobucci. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017, edição do Kindle, p. 23; DENNETT, Daniel C. **From Bacteria to Bach and Back**. London: Penguin Books, 2017, edição do Kindle, p. 336; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. São Paulo: Almedina, 2020, edição do Kindle, p. 60.

MacCormick⁵ e Robert Alexy.⁶ A fixação da norma ao caso não se trata de ato simples, haja vista envolver a decomposição de conceitos linguísticos utilizados no texto normativo⁷ com a finalidade de sua aplicação à situação apresentada juridicamente.

No recorte do presente estudo o enfoque é direcionado ao nível da argumentação mais complexa, denominada por Robert Alexy como justificação externa⁸ e, guardadas as diferenças de modelos teóricos, chamada por MacCormick de justificação de segunda ordem⁹.

Alexy pouco se refere aos aspectos da razoabilidade em sua Teoria da Argumentação Jurídica (sendo que as poucas referências que podem ser inferidas são implícitas), lembrando que a referida obra foi publicada originalmente em 1978, ou seja, antes de o autor expor seu pensamento sobre o método da proporcionalidade que ficou conhecido principalmente através da obra Teoria dos Direitos Fundamentais¹⁰. Destaca-se que, para além da origem distinta em relação à tradição de pensamento jurídico¹¹, existem diferenças tanto das técnicas quanto do âmbito de aplicação entre o teste da razoabilidade e o procedimento da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) desenvolvido por Alexy com fundamento nas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão.¹²

⁵ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 31.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005, p. 186.

⁷ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p. 83-92.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 226-227.

⁹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p. 128-130.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Maheiros, 2011, p. 93-103.

¹¹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 23-50; BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, março/1997, p. 156-166; MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. **Emory Law Journal**, v. 60, 2011, p. 798-875; LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Constituição Federal, Controle Jurisdicional e Níveis de Escrutínio. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 32, jul./set. 2015, p. 97-123.

¹² “A broad version of reasonableness or ‘ragionevolezza’ includes in this concept everything, in principle, that can count as a criterion of practical correctness. If this comprises proportionality, and if the relation of proportionality to the further elements is clearly determined, the reasonableness test is no real alternative to proportionality analysis” (ALEXY, Robert. The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, 2016, p. 1-17. DOI: 10.1093/ojls/gqw013).

Todavia, deve-se ter em conta que Alexy trata especificamente da tradição jurídica do Tribunal Constitucional alemão, ou seja, constrói sua teoria a partir de conceitos previamente desenvolvidos pela referida corte constitucional, os quais não podem ser transplantados sem mediações e traduções para a tradição jurídica brasileira. Necessário se faz evidenciar que esta última sofreu influências difusas, advindas de diversos outros sistemas jurídicos e possui desenvolvimento próprio. A partir deste posicionamento, fica demarcado que o presente estudo não ignora a especificidade do Direito brasileiro, o qual deve ser percebido como fenômeno específico, produto da realidade brasileira.

Feitas as necessárias considerações preliminares, Alexy, a partir da lista de resultados do processo de argumentação, ao comentar os elementos do discurso prático geral, indica em sua regra **(5.3)**¹³ que devem “ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados”¹⁴. E ressalta que “(5.3) exige tanto que seja inteiramente possível a realizabilidade de uma norma, como também que esteja no campo do faticamente possível”¹⁵.

Vale destacar que o recurso do intérprete à regra do discurso atinente à realizabilidade fática **(5.3)** é sempre possível, mesmo quando se trata do discurso jurídico propriamente dito¹⁶, eis que, conforme a regra **(6.1)**, para “qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso”.¹⁷ Para esta teoria a regra do discurso jurídico **(J.10)** estabelece que “Todo enunciado

¹³ “Uma última regra deste grupo resulta o fato de que o discurso prático se desenvolve com a finalidade de resolver questões práticas realmente existentes. Certamente se pode fazer isso também por prazer, mas esta possibilidade é dependente da primeira. Isso faz com que o discurso prático cheque a resultados que possam também ser levados à prática:

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.

A aplicação de (5.3) pressupõe um considerável conhecimento empírico.

(5.1)-(5.3) determinam diretamente o conteúdo das proposições e regras a fundamentar. Por isso as chamaremos de ‘regras de fundamentação’” (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 206).

¹⁴ Ibid., p. 285.

¹⁵ Ibid., p. 206.

¹⁶ Lembrando a tese de Alexy de que o discurso jurídico é um caso especial de discurso prático (Ibid., p. 209-211).

¹⁷ Ibid., p. 206.

dogmático, se posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral”¹⁸.

Além disso, indica o necessário suporte fático para a realização de restrições justificadas em direitos fundamentais.¹⁹ Em suma, a teoria de Alexy admite a influência da facticidade na conformação da aplicação do Direito, como elemento de sua teoria discursiva baseada em razão prática e seu pensamento acerca do alcance *prima facie*²⁰ e das restrições aos direitos fundamentais. Portanto, o método da razoabilidade, pautado na tensão entre a interpretação da realidade fática e da normatividade que respaldará a decisão jurídica, muito embora não seja expressamente adotado por Alexy em sua teoria, não é de todo incompatível com ela.

Dessa forma, para além do isolacionismo epistêmico a partir da abordagem de autor específico, o ordenamento jurídico brasileiro elegeu a razoabilidade²¹, tida como norma implícita²² no conceito constitucional de devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, da Constituição Federal)²³, como um método de aplicação do Direito com previsão expressa, conforme se observa no art. 8º do Código de Processo Civil, no art. 27, *caput*, da Constituição do Estado do Paraná e no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo), bem como no art. 20, *caput*, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – alterada pela Lei

¹⁸ Ibid., p. 257.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 301-306.

²⁰ Direitos de não-embaraço, direitos de não-afetação e direitos de não-eliminação.

²¹ “É preciso que o juiz reflita e decida expressamente sobre o problema preliminar de sua legitimação, examinando, inclusive, as possíveis consequências negativas e positivas de sua intervenção na matéria, em lugar do legislador ou do administrador” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 75).

²² SOARES, Marina. Princípios: A Regra do Sopesamento de Robert Alexy como Método de Delimitação da Competência Legislativa do Município. **Revista do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia**, v. 23, n. 25, 2013, p. 354, DOI: 10.9771/rppgd.v23i25.12374.

²³ “Diante disto, 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” (BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional, p. 165).

13.655/2018), o qual determina que nos âmbitos administrativo, controlador e judicial “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

No aspecto jurisprudencial, acerca do tema a pesquisa no sistema de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁴ retorna 19.249 decisões (1.324 acórdãos e 17.925 decisões monocráticas) em que o termo “razoabilidade” foi utilizado na referida Corte constitucional.

Já a Plataforma de Referências de precedentes do STF, extenso banco de dados mantido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)²⁵, indica que, na verdade, 23.295 decisões do STF utilizaram o termo “razoabilidade” na fundamentação, sendo que as 500 decisões mais recentemente citadas²⁶ na base de dados se referem às seguintes matérias: 1) Direito Administrativo – 187; 2) Direito Processual Penal – 56; 3) Direito Processual Civil – 36; 4) Direito Penal – 25; 5) Direito Civil – 11; 6) Direito Eleitoral – 9; 7) Direito Previdenciário – 8; 8) “Outros” – 8; 9) Direito do Consumidor – 4; 10) Direito do Trabalho – 2; 11) Poder Judiciário – 1; 12) Direito da Criança e do Adolescente – 1; e 13) Entes Federativos – 1.

O banco de dados da FGV também indica qual é a decisão central na rede de referências entre os diversos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre razoabilidade, destacando-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, cuja menção da razoabilidade ocorreu apenas no voto-vista do Ministro Sepúlveda Pertence:

“Estou consciente, por sua vez, de que a opção, que o problema impõe, não é apenas técnica. É de alta política constitucional, admitida **a razoabilidade jurídica das várias soluções aventadas**, a eleição, entre elas, por um Tribunal como este há de guiar-se no sentido que se lhe apresente como a

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 julho 2021.

²⁵ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Supremo em Números: Plataforma de Referências. Disponível em: <http://precedentes.cloud.fgv.br/search?termo_busca=razoabilidade>. Acesso em: 31 julho 2021.

²⁶ A Plataforma de Referências não indica o período de corte utilizado na pesquisa.

mais adequada a efetividade da Constituição, que é o cometimento fundamental desta Casa” (destaque nosso).²⁷

Sem rumar para o realismo jurídico, o qual não é o caminho por onde transita o presente estudo, a pesquisa de julgamentos do STF é campo frutífero para se analisar quais são as tendências decisórias e como se dá o processo de construção dos precedentes, o que passa pela jurimetria²⁸ do uso da razoabilidade como critério de interpretação, demonstrando que a razoabilidade é elemento recorrente na construção jurisprudencial do Judiciário nacional e, por isso, tema relevante para a compreensão do Direito brasileiro.

Também a partir do estudo de precedentes do Supremo Tribunal Federal, Humberto Ávila indica que a razoabilidade é aceita no sistema jurídico brasileiro na condição de um método de decisão, o qual possui três facetas que lhe são inerentes: razoabilidade como equidade, razoabilidade como congruência e razoabilidade como equivalência.²⁹

Nessa linha, pode-se classificar as diversas concepções de razoabilidade nos seguintes testes de racionalidade para a aplicação do direito: [a] teste de idoneidade lógica³⁰, [b] teste de excesso³¹; [c] teste finalidade-norma³²; [d] teste de eliminação de

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto-vista do Ministro Sepúlveda Pertence pelo conhecimento de ADI com base da teoria da inconstitucionalidade superveniente.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2. Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e Presidente da República. Relator: Ministro Paulo Brossard. 06 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 10 agosto 2021.

²⁸ “A Jurimetria busca observar os comportamentos humanos em função de uma ordem jurídica. A observação, em sentido lato, caracteriza a pesquisa como empírica, porque o seu objetivo é conhecer uma parcela da realidade em que vivemos. No entanto, a observação tem também um sentido estrito. Um objeto pode ser empiricamente investigado através de dois tipos de estudo: observacional ou experimental” (NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o Direito. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 118).

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139-146.

³⁰ INGLATERRA. England and Wales Court of Appeal. Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation, 1948, 1 KB 223, p. 228-230.

³¹ “O entendimento desta Corte é no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, que não é o caso dos autos” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido**

hipóteses³³; [e] teste de discriminação arbitrária³⁴; e [f] teste de conveniência/inconveniência de interesse público³⁵.

Na prática jurídica brasileira a tradição da razoabilidade, advinda do direito anglo-saxão, não pode simplesmente ser transplantada³⁶ para o sistema jurídico brasileiro, pois tal prática poderia levar à deformação de características a ele inerentes³⁷, ainda que notavelmente influenciadas pelo sistema da *Common Law* a partir do Código de Processo Civil de 2015.³⁸

Dentre os seis testes de razoabilidade referidos, tendo em conta referida realidade, pode-se afirmar que o teste de conveniência/inconveniência de interesse público referido por Neil MacCormick³⁹ tende a apresentar grande discricionariedade

de revisão de valor de indenização por dano moral. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.718.713/GO. Danglacia Teofila Constantino, Bradesco Auto e RE Companhia de Seguros. Relator: Ministro Marco Buzzi. 26 de outubro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001502389&dt_publicacao=12/11/2020>. Acesso em: 10 agosto 2021.

³² “Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária” (ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 142).

³³ “O caráter de nossos vários tipos de caso ‘problema’ é precisamente determinado pelo fato de eles envolverem possibilidades rivais – fazer valer ou não fazer valer uma determinada deliberação, interpretar um determinado dispositivo desse modo ou daquele, tratar fatos F1, F2, F3 como manifestações ou de ‘p’” (MACCORMICK. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p. 129).

³⁴ “Naturalmente, um precedente ostensivamente contraditório pode ser ‘explicado’ e ‘discriminado’ para evitar uma contradição semelhante; ou uma lei ostensivamente conflitante pode ser interpretada de uma forma que evite essa contradição. Contudo, se essas estratégias para a conciliação falharem, a exigência da coesão demandaria a rejeição de uma deliberação que de outro modo seria interessante, rejeição esta com base em seu conflito insolúvel com (a contradição de) normas válidas e estabelecidas” (Ibid., p. 135)

³⁵ Ibid., p. 147.

³⁶ “Quando o jurista se situa em face de um Direito como o brasileiro, que diz sim ao Código Civil, e a um Direito como o inglês, que diz não ao Código Civil, ele deve perceber com clareza que esses dois sistemas jurídicos são ‘incomensuráveis’ um em relação ao outro” (LEGRAND, Pierre. **Como Ler o Direito Estrangeiro**. Tradução: Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018, edição do Kindle, posição 223).

³⁷ “O juiz de um sistema romano-germânico como o brasileiro não pode buscar a solução dos litígios apenas nos fatos, pois deve demonstrar a incidência da legislação sobre o caso” (PUGLIESI, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 37).

³⁸ Ibid., p. 54.

³⁹ “Aí temos um reconhecimento explícito da possibilidade de uma colisão entre as exigências da justiça e da conveniência, com esta última, nessa ocasião, recebendo prioridade.

O sentido de ressaltar a possibilidade dessa colisão está em que ela revela por que poderia ser enganoso considerar simplesmente utilitaristas os argumentos consequencialistas no direito. A argumentação consequencialista de fato trata de estabelecer que uma deliberação preferida é a melhor em vista de todas as considerações. Contudo, essa conclusão quanto à ‘melhor’ não é determinada por referência a uma única escala de avaliação (por exemplo, a escala do prazer - dor como no utilitarismo

ao julgador, o que torna difícil sua compatibilização com o sistema brasileiro voltado à construção das decisões judiciais (o objeto do presente estudo), todavia que se apresenta valioso para o estudo das decisões administrativas pautadas em discricionariedade.

Já o teste de discriminação arbitrária pode ser relacionado à ponderação inerente ao direito à isonomia, o qual se manifesta em diversas normas constitucionais (art. 5º, *caput*, I, art. 3º, IV, art. 7º, XXXIV, art. 14, *caput*, art. 37, *caput*, II e XXI, e art. 150, II, da Constituição Federal), tema já bastante estudado pela doutrina brasileira⁴⁰ e de relativa normalidade de aplicação jurisprudencial.

O teste de eliminação de hipóteses consiste na seleção, dentro das diversas proposições possíveis para a definição de um conceito normativo⁴¹, qual seria o mais adequado⁴² e afinado à realidade de um determinado ordenamento jurídico ou de um determinado caso. Aqui se trata, também, de tema clássico da interpretação jurídica, o qual fica marcado a partir da viragem linguística que tem como expoente Ludwig Wittgenstein⁴³, filósofo este que influenciou inúmeros autores, como, por exemplo, Herbert Hart⁴⁴, o qual, por sua vez, influenciou diretamente a construção das posições de Alexy⁴⁵ e MacCormick⁴⁶.

hedonista de um Bentham). Ela é uma sentença definitiva expressa como soma dos resultados cumulativos ou concorrentes de avaliação por meio de referência a uma série de critérios de valor, aí incluídos a ‘justiça’ e ‘senso comum’ bem como o ‘proveito público’ e a ‘conveniência’. Algumas versões do ‘utilitarismo ideal’, ao contrário do ‘utilitarismo hedonista’, permitem critérios mais complexos em vez de mais simples no que diz respeito ao que é ‘melhor’ e com base nisso seria possível considerar que a justificação consequencialista no direito envolva uma forma de utilitarismo ideal” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p. 147).

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 137-138.

⁴¹ PÁDUA, Sérgio Rodrigo de; BERBERI, Marco Antonio Lima. Robô Processual: Inteligência Artificial, Atos Processuais e Regras Padrão. **Revista da AGU**, v. 20, n. 3, 29 jun. 2021, p. 239, DOI: 10.25109/2525-328X.v.20.n.03.2021.2744.

⁴² REIS, Mauricio Martins. Precedentes Obrigatórios e sua Adequada Interpretação. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 24, n. 26, 2014, p. 78, DOI: 10.9771/rppgd.v24i26.11925.

⁴³ “A expressão pressupõe as formas de todas as proposições em que pode aparecer. É a marca característica comum de uma classe de proposições” (WITTGESTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução: Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3ª ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2020, p. 147).

⁴⁴ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 164.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 218-226.

Em especial, o pensamento de MacCormick dá destaque à função classificadora que caracteriza a análise das consequências de cada hipótese de proposição normativa⁴⁷, o que leva à pergunta de qual é a diferença que determinados resultados possuem a partir da adoção de determinada proposição normativa dentre outra(s) possível(is) numa situação concreta. Assim, para MacCormick a razoabilidade dos resultados possíveis de uma interpretação⁴⁸, mediante um utilitarismo de norma⁴⁹, apresenta-se como um filtro atinente ao desafio semântico de se trabalhar a partir de normas com abertura conceitual.⁵⁰

Nessa linha, o processo de justificação da decisão ocorre mediante a atribuição entre as hipóteses de aplicação da norma⁵¹ e os limites do que acontece de maneira

⁴⁶ “*La duda razonable no es lo mismo que la toma de decisiones razonable ni tampoco es lo mismo que el cuidado razonable en la conducción. Pero hay un hilo común que une la apelación a lo ‘razonable’ en estos y otros casos de su uso*” (MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho**: Una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2017, edição do Kindle, posição 6112).

⁴⁷ “Isso por sua vez significa que escolher entre possíveis deliberações opostas num dado caso envolve escolher entre o que deverá ser concebido como modelos opostos, como padrões opostos de conduta nessa sociedade. Ou bem os fabricantes de bens de consumo deveriam tomar cuidados razoáveis no preparo e acondicionamento de seus produtos, e deveriam estar sujeitos a um pedido de indenização por parte de qualquer pessoa prejudicada por negligência do fabricante a esse respeito; ou então não lhes é exigido nos termos da lei que tomem esse tipo de cuidado e nos termos da lei não são responsabilizados por falhas nesse sentido. Para considerar a sério que essa alternativa representa uma escolha verdadeira numa sociedade real, é preciso então perguntar qual é a diferença. E a resposta é que a diferença é determinada pelas diferenças que resultariam da adoção e aplicação de uma ou da outra dessas deliberações opostas numa situação social concreta” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p. 132).

⁴⁸ (...) “é preciso ressaltar que, como o foco dessas justificações é voltado para as consequências de deliberações contrárias (na forma de proposições universais o direito), não nas consequências para as partes particulares da decisão em particular, o utilitarismo envolvido é o ‘utilitarismo de norma’, não o ‘utilitarismo de ato’” (Ibid., p. 147-148).

⁴⁹ “Em seu brilhante estudo pioneiro, R. A. Wasserstrom defendeu o que chamou de ‘Procedimento de Justificação em Dois Níveis’ como um bom procedimento par justificar decisões jurídicas. Com isso ele se referiu a um procedimento por meio do qual decisões particulares fossem justificadas por serem dedutíveis de normas adotadas por juízes por apresentarem melhores consequências que qualquer norma alternativa possível que também pudesse abranger a decisão” (Ibid., p. 148).

⁵⁰ “*Es un dicho común el de que hay muchas cuestiones sobre las que las personas razonables pueden discrepar razonablemente. Algunas de ellas son simples diferencias de gusto personal —el baloncesto para una persona es un juego más emocionante que el críquet, pero otra prefiere el críquet por la larga y lenta creación de expectación y tensión en contraste con la acción más explosiva del baloncesto—. De gustibus non est disputandum, es absurdo tratar las diferencias de gusto como ocasiones para la disputa*” (MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho**, posição 6121).

⁵¹ “O processo de experimentação é um processo de verificação de duas hipóteses contrárias como explicações. Pois uma experiência pertinente é aquela que consegue provar a falsidade de uma ou outra das previsões acerca de seu resultado que o cientista deriva das duas hipóteses contrárias. Nenhuma teoria pode jamais ser provada verdadeira por um procedimento desses. Contudo, se uma teoria for corroborada

empírica no mundo fático⁵², o que é inerente à razoabilidade, uma vez que em relação à lógica de justificação “as decisões jurídicas tratam do ‘mundo real’, da mesma forma que as hipóteses científicas; e o fazem não num vazio, mas no contexto de toda uma estrutura de ‘conhecimento’”⁵³, consistente este no sistema normativo do Direito.

A ocorrência de atos irrazoáveis (administrativos, legislativos ou judiciais) que podem ser objeto dos testes de razoabilidade se pauta na experiência daquilo que já é conhecido, havendo uma função heurística na argumentação por meio de elementos *a priori* conceituais⁵⁴, os quais nem sempre serão objeto de disputa.

3. Razoabilidade: Do Teste *Wednesbury* ao Teste de Idoneidade Lógica

A razoabilidade tem uma destacada função heurística⁵⁵ necessária para casos subsequentes, semelhantes ou alcançados pela racionalidade decisória mediante analogia, eis que as decisões baseadas em razoabilidade têm o papel de estabelecer coesão ao sistema jurídico ao eliminar interpretações que não seriam suportadas. Nesse sentido, MacCormick adota em seu pensamento concepções de [a]

enquanto uma contrária é refutada por essa experimentação, será justificado que acatemos a primeira em lugar da segunda” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p. 129).

⁵² “Logo, um elemento na verificação diz respeito ao que acontece no mundo: qual é a prova empírica? Existe outro porém, já que a interpretação das provas envolve necessariamente o uso de pressupostos que pertencem eles mesmos à teoria científica”. (...) “Para adotar uma postura técnica, a verificação sempre implica a dependência de ‘hipóteses auxiliares’ que são elas mesmas, num dado experimento, tidas como líquidas e certas. Embora elas também possam ser objeto de experimentação direta - caso no qual outras hipóteses auxiliares estarão envolvidas” (Ibid., p. 130).

⁵³ Ibid., p. 131.

⁵⁴ “É preciso saber muito, antes que se possa saber sequer o que é que se está procurando – e nessa medida o conhecimento do pesquisador lhe dá ‘pistas’ em várias direções que são dignas de reflexão e experimentação. Nessa medida, mesmo as descobertas mais espantosas e de criatividade mais brilhante envolvem necessariamente uma extrapolação a partir do que já se conhece, ao longo de linhas determinadas pelo conjunto de conhecimento teórico existente” (Ibid., p. 130).

⁵⁵ “Portanto, nunca verificamos hipóteses científicas simplesmente num vazio. Elas são sempre e necessariamente verificadas no contexto do todo de uma teoria com a qual sejam compatíveis e em conjunto com a qual façam sentido. E mais, com a possível exceção de descobertas revolucionárias na escala grandiosa de um Newton ou um Einstein, a realização de ‘descobertas’ – o lampejo de percepção que revela uma nova hipótese explanatória – ocorre no interior de uma estrutura de conhecimento científico” (Ibid., p. 130).

razoabilidade consequencialista através da analogia⁵⁶; [b] razoabilidade mediante a aceitabilidade das consequências⁵⁷; e de [c] desacordo razoável (valorativo) sobre a razoabilidade⁵⁸.

Dessa forma, levando-se em conta conjuntamente os três aspectos referidos, é possível deduzir “que a justificação de segunda ordem diga respeito ao ‘que faz sentido no mundo’, na medida em que ela envolve argumentos consequencialistas que são essencialmente de caráter avaliatório”⁵⁹, ou seja, tratam-se de argumentos com carga subjetiva influenciados pelo intérprete institucionalmente inserido.

Assim, as consequências das decisões judiciais são precedidas de determinadas condições fixadas no ordenamento normativo⁶⁰, as quais se entrelaçam com a realidade fática⁶¹ no processo de aplicação do Direito. Nesse sentido, a estrutura de conhecimento do mundo real, para além do mundo normativo, se

⁵⁶ “(i) Esse é um modo consequencialista de argumentar, embora num sentido algo restrito. Ele considera as consequências de adotar uma deliberação por um lado ou pelo outro, pelo menos até o ponto de examinar os tipos de decisão que teriam de ser tomados em outros casos hipotéticos que poderiam ocorrer e que se enquadrariam nos temas da deliberação” (Ibid., p. 134).

⁵⁷ “(ii) É uma argumentação de caráter intrinsecamente avaliatório, na medida em que indaga sobre a aceitabilidade ou inaceitabilidade dessas consequências. Não existe, porém nenhuma razão para pressupor que ela envolva uma avaliação em termos de uma única escala, como, por exemplo, a escala benthamita de agregados supostamente mensuráveis de prazeres e dores. Os juízes caracteristicamente referem-se a critérios como os da ‘justiça’, ‘senso comum’, ‘interesse público’ e ‘conveniência’ ou ‘praticidade’, ao avaliar os prós e os contras de deliberações determinadas. Não se deveria pressupor sem provas que tudo isso acabe se reduzindo à mesma coisa. Por esse motivo, deveríamos ter a cautela de evitar chamá-la de argumentação ‘utilitária’, se bem que ela apresente acentuada semelhança com o que às vezes é denominado ‘utilitarismo da norma ideal’” (Id.).

⁵⁸ “(iii) Ela é, pelo menos em parte, subjetiva. Os juízes, ao avaliar as consequências de possíveis deliberações opostas, podem atribuir pesos diferentes a critérios diferentes de avaliação; podem divergir quanto ao grau de injustiça percebida, ou do inconveniente previsto que resultará da adoção ou rejeição de uma determinada deliberação. De modo não surpreendente, eles divergem, às vezes de modo acentuado e veemente quanto à sua opinião final, considerados todos os aspectos, sobre a aceitabilidade ou inaceitabilidade de uma deliberação em exame. É nesse ponto que chegamos aos fundamentos das preferências de valor que moldam nosso raciocínio mas que não são demonstráveis por ele. Nesse nível, pode haver simplesmente diferenças insolúveis de opinião entre pessoas racionais e de boa vontade” (Id.).

⁵⁹ Id.

⁶⁰ “As deliberações legais são normativas. Elas não relatam mas fixam padrões de comportamento. Não descobrem as consequências de determinadas condições, mas ordenam quais consequências não de se seguir a determinadas condições. Não apresentam um modelo do mundo, mas apresentam um modelo para o mundo” (Ibid., p. 132).

⁶¹ “A argumentação empírica serve tanto diretamente para a justificação dos enunciados empíricos empregados na justificação interna, como também para a justificação de enunciados empíricos empregados na justificação externa de enunciados não-empíricos” (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 227).

expressa através de ontologias que podem ser aproveitadas pelo intérprete para a tomada de decisão.

Nessa linha, a razoabilidade decorre da ideia de universalidade⁶², a fim de que haja um nível de análise consequencialista inerente à busca da decisão razoável que rejeite a arbitrariedade decisória, garantindo-se um processo de deliberação por meio de critérios racionais/razoáveis que tenham nível de generalidade das consequências a serem testadas.⁶³

Dessa forma, para a delimitação do presente estudo e tendo em vista os aspectos que se propõem ao aprofundamento, a partir deste ponto o enfoque ocorrerá em relação à concepção de razoabilidade a partir do teste de racionalidade relativo à idoneidade lógica⁶⁴ (destacando-se, todavia, a igual importância do teste de excesso e do teste finalidade-norma para a definição da razoabilidade no Direito brasileiro).

O teste de idoneidade lógica tem origem na ideia de razoabilidade advinda do direito inglês, no chamado teste de *Wednesbury*⁶⁵, o qual se constitui num teste de irrazoabilidade⁶⁶, como no “exemplo da professora ruiva, dispensada porque tinha

⁶² “Muito bem que se diga que o princípio da justiça formal requer que o juiz, expressa ou implicitamente, formule e teste alguma deliberação possível para o caso e para casos semelhantes a fim de justificar uma decisão no caso. No entanto, (como a distinção traçada anteriormente entre ‘universalidade’ e ‘generalidade’ indica), uma deliberação adequadamente ‘universal’ poderia ser atingida em qualquer dos ‘níveis de generalidade’ de Stone” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p. 151).

⁶³ (...) “mesmo que a argumentação consequencialista possa demonstrar fundamentos racionais para a escolha entre deliberações possíveis no caso, existe algum fundamento racional ou mesmo razoável para escolher qual deliberação e em que nível de generalidade será testada por aquele procedimento? Se não existir, mais uma vez devemos concluir que um processo ostensivamente racional é no fundo nada mais do que arbitrário. Enfrentamos a questão: que limites, se é que existem, podem reger a escolha de deliberações a serem testadas; e como, em qualquer caso, podem os juízes começar a estruturar alguma deliberação adequada para se encaixar non caso concreto quando está aberto um leque tão amplo de possibilidades” (Ibid., p. 152).

⁶⁴ INGLATERRA. England and Wales Court of Appeal. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation*, 1948, 1 KB 223, p. 228-230.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ “E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste *Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir”. Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente

cabelos ruivos” (tradução livre)⁶⁷ lembrado por Lorde Greene no julgamento do *leading case* referido.

No teste de idoneidade lógica inerente à razoabilidade há uma vinculação à ideia de que existem decisões tão irracionais que quase podem ser descritas como sendo feitas mediante má-fé⁶⁸, ainda que esse aspecto seja objetivado ao se utilizar o conceito de uma “autoridade razoável”⁶⁹ para fins de definição de um padrão de conduta racional inerente à tomada de decisões públicas, pois “se uma decisão sobre uma matéria competente for tão irrazoável que jamais ela poderia ter vindo de uma autoridade razoável, então os tribunais podem interferir”.⁷⁰ Ao fundamentar a decisão da *Court of Appeal* Lorde Greene assim expressou o teste de irrazoabilidade:

“Não o considero de forma alguma discordando da visão que me aventurei a expressar, de que a tarefa do tribunal não é decidir o que pensa ser razoável, mas decidir se o que está *prima facie* dentro do poder da autoridade local é uma condição que nenhuma autoridade razoável, agindo nos quatro cantos de sua competência territorial, poderia ter decidido impor” (tradução nossa).⁷¹

Ainda ao final de sua fundamentação, Lorde Greene destacou que o poder de análise dos atos irrazoáveis proferidos por autoridade administrativa decorre da obrigação de “uma autoridade judicial que se preocupa, e apenas se preocupa, em ver

irrazoáveis.” (AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 23-50).

⁶⁷ INGLATERRA. England and Wales Court of Appeal. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation*, 1948, 1 KB 223, p. 228-230.

⁶⁸ Id.

⁶⁹ Id.

⁷⁰ Tradução livre de: “*It is true to say that, if a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere*” (Id.).

⁷¹ Tradução livre de: “*I do not read him as in any way dissenting from the view which I have ventured to express, that the task of the court is not to decide what it thinks is reasonable, but to decide whether what is prima facie within the power of the local authority is a condition which no reasonable authority, acting within the four corners of their jurisdiction, could have decided to impose*” (Id.).

se a autoridade local infringiu o direito agindo para além dos poderes que o Parlamento lhes confiou”.⁷²

A origem da razoabilidade no direito inglês, por evidente, ocorreu no direito administrativo, embora, com o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário, a razoabilidade tenha alcançado o status de elemento intrínseco do modelo de *judicial review* inglês.

A partir de uma análise dos argumentos utilizados no caso *Wednesbury* se evidencia o tipo padrão de irrazoabilidade, de índole inerente à ausência de conexão lógica (congruência) entre o fato e a consequência jurídica aplicada, posição também indicada por MacCormick.⁷³ Veja-se que MacCormick adota um conceito de autoridade razoável⁷⁴, embora seja cético quanto à existência de pessoas realmente “razoáveis”⁷⁵, inclusive porque tais pessoas podem ter um desacordo razoável sobre a própria razoabilidade.⁷⁶

Assim, a fórmula *Wednesbury* do teste de idoneidade lógica (“se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode

⁷² Tradução livre de: “*The power of the court to interfere in each case is not as an appellate authority to override a decision of the local authority, but as a judicial authority which is concerned, and concerned only, to see whether the local authority have contravened the law by acting in excess of the powers which Parliament has confided in them*” (Id.).

⁷³ “*De nuevo, lo que justifica el recurso al requisito de razonabilidad es la existencia de una pluralidad de factores que requieren ser evaluados en cuanto a su pertinencia para un foco común de interés (en este caso, una decisión que debe tomar un organismo público con fines públicos). La irrazonabilidad consiste en ignorar algún factor o algunos factores pertinentes, o en tratar como pertinente lo que debe ser ignorado*” (MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho**, posição 6238).

⁷⁴ “*La persona razonable tiene la virtud de la prudencia y hace uso de ella en la acción. Es una virtud incompatible con el fanatismo o la apatía, pero ocupa un lugar medio entre ellas, al igual que lo hace entre la excesiva cautela y la excesiva indiferencia al riesgo. Las personas razonables tienen en cuenta los riesgos previsibles, pero tomando en consideración posibilidades o probabilidades serias, no posibilidades remotas o caprichosas*” (Ibid., posição 6083).

⁷⁵ “*Las personas perfectamente razonables serían sin duda ejemplos irreales de virtud. Existen pocas. Las personas ordinarias no lo son, pero la mayoría son razonables en algunos momentos y algunas son razonables la mayor parte del tempo*” (Ibid., posição 6103).

⁷⁶ “*Una evaluación de este tipo tiene un obvio aspecto subjetivo. Evaluadores diferentes se formarán opiniones diferentes sobre los beneficios de la actividad, la probabilidad de los riesgos, la seriedad de los riesgos, los costes de las medidas de seguridad y su probable eficacia. Es notorio que personas razonables que traten con imparcialidad una cuestión compleja pueden estar razonablemente en desacuerdo sobre la respuesta razonable. En ese caso puede que todo se reduzca a la cuestión de quién es el juez con mayor autoridad, pues la autoridad de esa persona prevalecerá. Eso sugiere un grado de subjetividad, ya que diferentes sujetos que consideren la misma cuestión pueden estar en desacuerdo habitualmente (no estar en desacuerdo siempre o invariablemente) sobre cuál es la respuesta correcta*” (Ibid., posição 5993).

a corte intervir⁷⁷) pode ser relacionada à uma concepção de justiça compartilhada da sociedade, objetivada por meio de razões perceptíveis aos cidadãos desta sociedade, o que passa pela consideração dos aspectos empíricos⁷⁸ do caso.

Nesse caminho, um desafio na aplicação da razoabilidade é a conjugação de posições diferentes do que seja razoável⁷⁹. Assim, o teste de idoneidade lógica leva em consideração o fato de que a decisão tomada deve fazer sentido no mundo fático-jurídico.⁸⁰ A partir disso, o que caracteriza a fórmula *Wednesbury* é que um julgamento qualificado como irrazoável indica um grau elevado de equívoco, permeado por um elemento de má-fé objetiva em que a decisão marcada pela irrazoabilidade tem algum tipo de “perversidade, arbitrariedade, capricho ou absurdidade que a retira da classe de um mero exercício errôneo de discricionariedade”⁸¹, o que indica que tem sido

⁷⁷ INGLATERRA. England and Wales Court of Appeal. *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation*, 1948, 1 KB 223, p. 228-230.

⁷⁸ “Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim a que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 139).

⁷⁹ “*El problema puede tener que ver con el carácter ‘procedimental’ de la deliberación razonable. A la luz de los valores, intereses y propósitos humanos, uno debe considerar todo lo que sea pertinente, y asumir una postura imparcial al atribuir un peso o una importancia relativa a los diferentes valores o intereses contextualmente pertinentes. Pero diferentes personas pueden discrepar sobre cómo exactamente atribuyen tal peso y llevan a cabo el balance. Puede que haya errores evidentes de parcialidad, o anomalías patentes en la ponderación diferencial, pero, más allá de eso, es difícil o imposible mostrar que un enfoque sea superior a otro. Siempre y cuando las personas eviten las veleidades y los caprichos, y manifiesten una constancia decente en el juicio a lo largo del tiempo, mientras permanecen abiertas a la revisión de su opinión a la luz de argumentos razonados, no dejan de ser razonables simplemente porque tengan una opinión diferente de la mía, o de la de usted*” (MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho**, posição 6131-6142).

⁸⁰ “Em termos simples, as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico. Em nossos casos-problema, elas devem ser baseadas em deliberações que façam sentido no contexto do sistema jurídico. E, exatamente como a justificação científica envolve a verificação de uma hipótese em comparação com outra e a rejeição da que não passar nos testes pertinentes, assim também (como argumentarei) a justificação de segunda ordem no direito envolve a verificação de possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra, bem como a rejeição daquelas que não satisfizerem testes pertinentes – sendo que estes tratam do que faz sentido no mundo e do que faz sentido no contexto do sistema” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p. 131).

⁸¹ Tradução livre parcial do seguinte trecho: “*The crucial distinction, in regard to containing the Wednesbury formula, is that between a mistaken and an unreasonable exercise of judgment. Although an element of mala fides is not indispensable, the decision impeached must contain some quality of*

aceita uma “intervenção judicial que deve ser forte ou mesmo esmagadora”.⁸² Nessa linha, há a possibilidade de descrição da razoabilidade apenas em termos “grossos” (com médio grau de determinabilidade), como lembra MacCormick.⁸³

Os vícios de perversidade, arbitrariedade, capricho ou absurdidade, na forma da construção historicamente delineada pela *Court of Appeal* desde 1948, traduzem ponto de ligação entre o direito inglês e o direito brasileiro, na medida em que tais vícios são rejeitados pelo ordenamento jurídico nacional mediante uma ampla gama de outras normas aplicáveis, em reforço à razoabilidade, como os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o art. 8º do Código de Processo Civil e art. 2º da Lei 9.784/1999), por exemplo.

Todavia, percebe-se que com a evolução da aplicação da razoabilidade na *Court of Appeal* ficaram caracterizados os dois estágios do teste *Wednesbury*. No primeiro estágio⁸⁴, dos anos 1980 até meados de 1990, havia maior deferência às escolhas das autoridades públicas, reservando-se a intervenção judicial pelo argumento da irrazoabilidade para casos mais graves (distinção forte entre o ato irrazoável e o ato meramente equivocado⁸⁵). No primeiro estágio do teste de

perversity, arbitrariness, caprice or absurdity which removes it from the class of a merely erroneous exercise of discretion” (PEIRIS, G. L. *Wednesbury Unreasonableness: The Expanding Canvas. Cambridge Law Journal*, v. 46, n. 1, March 1987, p. 53-82).

⁸² “*The courts, therefore, have been at pains to stress that, in the absence of anything akin to appellate jurisdiction, the case for judicial intervention must be strong or even overwhelming*” (Id.).

⁸³ “*El concepto de lo ‘razonable’ es usado con frecuencia y en contextos muy diversos por los abogados y los legisladores en estas tradiciones jurídicas. En el espectro que va de lo puramente descriptivo a lo puramente evaluativo, ‘razonable’ parece encontrarse más cerca del polo evaluativo que del descriptivo, aunque eso no significa que no haya ningún elemento descriptivo en él. De hecho, puede clasificarse propiamente entre los términos evaluativos que los filósofos han denominado ‘gruesos’, a diferencia de conceptos finos tales como ‘correcto’ o ‘bueno’*” (MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho**, posição 5983).

⁸⁴ “*An analysis of these cases allows the division of the English case-law into two distinct stages. In the first stage, from the 1980s until mid-1990s, the courts showed enormous deference to health authorities’ decisions for epistemic and constitutional reasons. They considered medical/scientific assessments and allocative decisions to be beyond the reach of judicial scrutiny and thus that the courts should only intervene if the administrative decision was so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it.*” (WANG, Daniel Wei Liang. *From Wednesbury Unreasonableness to Accountability for Reasonableness. Cambridge Law Journal*, v. 76, n. 3, 2017, p. 642-670).

⁸⁵ “*In Hincks, Walker, Collier and Seale the courts restrained themselves to a minimal level of scrutiny of the allocative choices and trusted health authorities to make the best decisions. The court’s reasoning was straightforward: resources are scarce, not all health needs can be met, and thus rationing is necessary; and health authorities are best able to do this. On this basis, the courts determined that they had no*

Wednesbury os integrantes da *Court of Appeal* “mostraram grande sensibilidade à necessidade de evitar escrupulosamente até mesmo a sugestão de usurpar a substância do poder discricionário de seu legítimo titular”⁸⁶, havendo maior deferência à separação dos Poderes, o que implica num controle de constitucionalidade, de atos legislativos e administrativos, que pode ser classificado como fraco.⁸⁷

Já no segundo estágio⁸⁸, a partir de meados da década de 1990, adotou-se um criterioso escrutínio das razões utilizadas para a formulação de atos do poder público, passando-se da exigência de critério de extrema injustiça para se reconhecer um ato como irrazoável (a absurdidade, por exemplo) para uma análise lógico-analítica da congruência entre as razões dadas para a edição do ato do poder público e seu resultado prático no mundo.

Logo, percebe-se que a segunda fase de desenvolvimento do teste de *Wednesbury* implicou na exigência da idoneidade lógica, mediante o respeito à base fática que recebe a encapsulada significação argumentativa da decisão jurídica, devendo esta respeitar aquela, o que se traduz numa sujeição das decisões jurídicas como um todo ao referido critério central do teste de razoabilidade. Em suma, não se exige que uma decisão seja absurda para ser caracterizada como irrazoável, pois, para que isso ocorra, basta que a decisão seja ilógica.

Tal espécie de análise leva a um consequencialismo advindo da necessidade de respeito ao próprio ordenamento jurídico e ao caráter institucionalista da democracia (o conceito de “autoridade razoável” do caso *Wednesbury* leva a isso),

reason to review health authorities' decisions unless they were “Wednesbury unreasonable”, ie so absurd or outrageous in their defiance of logic or morality that no reasonable person addressing the question would have come to the same conclusion” (Id.)

⁸⁶ Tradução livre de: “Judges, accordingly, have shown great sensitivity to the need for avoiding scrupulously even the suggestion of usurping the substance of discretionary power from its rightful donee” (PEIRIS, G. L. Op. cit.).

⁸⁷ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, 2006.

⁸⁸ “In the second stage, from the mid-1990s onwards, the courts started judging in a way that, during the first stage, they affirmed they should not. They started scrutinizing reasons and procedures to an extent that authorities were required to act ‘synoptically’, namely to demonstrate that they did the best possible job in gathering facts, evaluating alternatives and articulating the values that had led to their decisions” (WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit.).

análise consequencialista esta que fortalece o Direito como a base das decisões racionais (razoáveis) que devem nortear a vida em sociedade.

4. Conclusão

O presente estudo fez uma análise desde a previsão da razoabilidade na legislação brasileira, passando pela verificação da tradicional utilização das concepções de razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, a partir do estudo desenvolvido foi possível se identificar seis facetas diferentes advindas da concepção de razoabilidade, as quais se traduzem nos testes de idoneidade lógica, de excesso, de análise finalidade-norma, de eliminação de hipóteses, de discriminação arbitrária e de conveniência/inconveniência de interesse público.

A partir da verificação da existência das diferentes vertentes da razoabilidade, mediante respeito ao recorte do presente estudo, destaca-se que o teste de razoabilidade como idoneidade lógica, evidenciando-se a origem no caso *Wednesbury* (testes de perversidade, arbitrariedade, capricho e absurdidade) e sua evolução para a ideia de lógica racional na aplicação do Direito, mediante a congruência entre as medidas adotadas pelo poder público (legislativas, administrativas ou judiciais) e a base fática a ser emoldurada pela interpretação jurídica.

Sendo assim, levando-se em conta a expressa previsão da razoabilidade na legislação (art. 8º do Código de Processo Civil, no art. 27, *caput*, da Constituição do Estado do Paraná e no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999), inclusive de maneira destacada em relação à proporcionalidade, faz-se possível a clara identificação da razoabilidade e de seu desenvolvimento teórico.

As tentativas de absorver a razoabilidade no procedimento de proporcionalidade, ou de abandonar a razoabilidade sob a alegação de que a proporcionalidade já resolve todas as situações tratadas pela primeira, não encontram respaldo, pois o teste de idoneidade lógica típico da razoabilidade (pautado numa

concepção de necessidade de boa-fé objetiva da “autoridade razoável” que tem o dever de atuar de maneira correta no dado contexto fático) é acionado através de mecanismo próprio.

Portanto, a razoabilidade se apresenta como forma de intervenção judicial que visa extirpar do direito decisões que causem tensão insustentável no plano do mundo fático. Com tal afirmação, não se ignora a primeira etapa interpretativa que é estabelecida na própria compreensão do mundo da vida, bem como os significados podem ser reconstruídos com o passar do tempo. Para isso não há alternativa senão a busca dentro da sociedade e do momento histórico compartilhado para que se possam fixar critérios interpretativos. Cada sistema jurídico, por sua vez, acaba por funcionar como caixa de ressonância das respectivas sociedades que ordenam e reproduz, com diferentes temporalidades, os significados compartilhados por uma comunidade política.

Dessa forma, o presente estudo se põe a fomentar o estudo do método (do teste, da regra ou do princípio, depender da concepção de teoria da norma que se tenha) da razoabilidade, o qual tem grande campo de aplicação no Direito, para além do negacionismo da razoabilidade como um reflexo da influência de outros modelos teóricos.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 23-50.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Maheiros, 2011.

ALEXY, Robert. The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, 2016, p. 1-17. DOI: 10.1093/ojls/gqw013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, março/1997, p. 156-166.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de revisão de valor de indenização por dano moral**. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.718.713/GO. Danglacia Teofila Constantino, Bradesco Auto e RE Companhia de Seguros. Relator: Ministro Marco Buzzi. 26 de outubro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001502389&dt_publicacao=12/11/2020>. Acesso em: 10 agosto 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto-vista do Ministro Sepúlveda Pertence pelo conhecimento de ADI com base da teoria da inconstitucionalidade superveniente**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2. Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e Presidente da República. Relator: Ministro Paulo Brossard. 06 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 10 agosto 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 julho 2021.

DENNETT, Daniel C. **From Bacteria to Bach and Back**. London: Penguin Books, 2017, edição do Kindle.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Supremo em Números: Plataforma de Referências. Disponível em: <http://precedentes.cloud.fgv.br/search?termo_busca=razoabilidade>. Acesso em: 31 julho 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. São Paulo: Almedina, 2020, edição do Kindle.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

INGLATERRA. England and Wales Court of Appeal. Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation, 1948, 1 KB 223, p. 228-230.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, edição do Kindle.

KELSEN, Hans. **Teoria do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEGRAND, Pierre. **Como Ler o Direito Estrangeiro**. Tradução: Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018, edição do Kindle.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Constituição Federal, Controle Jurisdicional e Níveis de Escrutínio**. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 32, jul./set. 2015, p. 97-123.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2017, edição do Kindle.

MATHEWS, Jud; SWEET, Alec Stone. All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing. **Emory Law Journal**, v. 60, 2011, p. 798-875.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Vol. I. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2ª ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PÁDUA, Sérgio Rodrigo de; BERBERI, Marco Antonio Lima. Robô Processual: Inteligência Artificial, Atos Processuais e Regras Padrão. **Revista da AGU**, v. 20, n. 3, 29 jun. 2021, p. 225-248, DOI: 10.25109/2525-328X.v.20.n.03.2021.2744.

PEIRIS, G. L. Wednesbury Unreasonableness: The Expanding Canvas. **Cambridge Law Journal**, v. 46, n. 1, March 1987, p. 53-82.

PUGLIESI, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

REIS, Mauricio Martins. Precedentes Obrigatórios e sua Adequada Interpretação. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 24, n. 26, 2014, p. 68-90, DOI: 10.9771/rppgd.v24i26.11925.

ROVELLI, Carlo. **A Ordem do Tempo**. Tradução: Silvana Cobucci. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017, edição do Kindle.

SOARES, Marina. Princípios: A Regra do Sopesamento de Robert Alexy como Método de Delimitação da Competência Legislativa do Município. **Revista do Programa de**

Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia, v. 23, n. 25, 2013, p. 322-365, DOI: 10.9771/rppgd.v23i25.12374.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, 2006.

WANG, Daniel Wei Liang. From Wednesbury Unreasonableness to Accountability for Reasonableness. **Cambridge Law Journal**, v. 76, n. 3, 2017, p. 642-670.

WITTGESTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução: Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3ª ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2020.

Como citar:

PÁDUA, Sérgio Rodrigo. LORENZETTO, Bruno Meneses. Razoabilidade: do contexto fático ao teste lógico na interpretação do direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Salvador-ba, (v.32/2022). (p.1-25), Data de publicação.13/01/2023 DOI: (endereço do DOI desse artigo). Disponível em: endereço eletrônico. Acesso em: xx mês abreviado. xxxx.

Originais recebido em: 31/08/2021.

Texto aprovado em: 14/10/2022.