

HUMBERTO ÁVILA

TEORIA DOS PRINCÍPIOS

da definição à aplicação dos
princípios jurídicos

23^a
EDIÇÃO

Revista,
atualizada
e ampliada

2026



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



MALHEIROS
EDITORES

decididos supostamente com base no mesmo postulado. Em face dessas considerações, é preciso, depois de desveladas as hipóteses de aplicação típica dos postulados, refazer a pesquisa, dessa feita não mediante a busca do postulado como palavra-chave, mas por meio da busca dos elementos e das relações que servem de suposto à sua aplicação.

Simplificadamente, isso significa (a) refazer a pesquisa jurisprudencial mediante a busca de outras palavras-chave; (b) analisar criticamente as decisões encontradas, reconstruindo-as argumentativamente de acordo com o postulado em exame, de modo a evidenciar a falta de uso ou seu uso inadequado.

3.6 *Espécies de postulados*

3.6.1 *Considerações gerais*

Os postulados normativos foram definidos como deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre *elementos* e impõem determinada *relação* entre eles. Nesse aspecto, podem ser considerados formais, pois dependem da conjugação de razões substanciais para sua aplicação.

Os postulados não funcionam todos da mesma forma. Alguns postulados são aplicáveis independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento. Como será demonstrado, a ponderação exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões) e não indica como deve ser feito esse sopesamento. Os elementos e os critérios não são específicos. A concordância prática funciona de modo semelhante: exige-se a harmonização entre elementos, sem dizer qual a espécie desses elementos. Os elementos a serem objeto de harmonização são indeterminados. A proibição de excesso também estabelece que a realização de um elemento não pode resultar na aniquilação de outro. Os elementos a serem objeto de preservação mínima não são indicados. Da mesma forma, o postulado da otimização estabelece que determinados elementos devem ser maximizados, sem dizer quais, nem como.

Nessas hipóteses os postulados normativos exigem o relacionamento entre elementos, sem especificar, porém, quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles. São postulados normativos eminentemente formais. Constituem-se, pois, em meras ideias

gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação,³⁹ razão pela qual são denominados, neste estudo, de *postulados inespecíficos* (ou incondicionais).

A aplicação de outros postulados já depende da existência de determinados elementos e é pautada por determinados critérios. A igualdade somente é aplicável em situações nas quais haja o relacionamento entre dois ou mais sujeitos em função de um critério discriminador que serve a alguma finalidade. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (sujeitos, critério de discrimen e finalidade). A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim).

Nessas hipóteses os postulados normativos exigem o relacionamento entre elementos específicos, com critérios que devem orientar a relação entre eles. Também são postulados normativos formais, mas relacionados a elementos com espécies determinadas, razão pela qual são denominados, neste estudo, de *postulados específicos* (ou condicionais).

3.6.2 *Postulados inespecíficos*

3.6.2.1 Ponderação

A *ponderação de bens* consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios.⁴⁰

39. Aleksander Peczenik, “The passion for reason”, *The Law in Philosophical Perspectives*, p. 184.

40. Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*, p. 143.

Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais. Nesse aspecto, a ponderação, como mero método ou ideia geral despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.⁴¹

Importa ter em conta também a importância de separar os elementos que são objeto de ponderação, os quais, ainda que sejam relacionados entre si, podem ser dissociados. Os *bens jurídicos* são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos.⁴² Por exemplo, o princípio da livre iniciativa pressupõe, como condição para sua realização, liberdade de escolha e autonomia. Liberdade e autonomia são bens jurídicos protegidos pelo princípio da livre iniciativa. Os *interesses* são os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter. Por exemplo, sendo liberdade e autonomia bens jurídicos, protegidos pelo princípio da livre iniciativa, algum sujeito pode ter, em função de determinadas circunstâncias, condições de usufruir daquela liberdade e autonomia. Liberdade e autonomia passam, então, a integrar a esfera de interesses de determinado sujeito. Os *valores* constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado.⁴³ Nessa perspectiva, a liberdade é um valor, e, por isso, deve ser buscada ou preservada. Os *princípios* constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido.

Quando se utiliza a expressão “ponderação”, todos os elementos acima referidos são dignos de ser objeto de sopesamento. O importante, todavia, é conhecer a sutil diferença entre eles. A clareza agradece.

Pode-se, no entanto, sejam quais forem os elementos objeto de ponderação, evoluir para uma ponderação intensamente estruturada, que po-

41. José M. Rodríguez de Santiago, *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*, p. 111.

42. Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”: Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, p. 68.

43. Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/24.

derá ser utilizada na aplicação dos postulados específicos. Para atingir esse desiderato, algumas etapas são fundamentais.⁴⁴

A primeira delas é a da *preparação da ponderação* (*Abwägungsvorbereitung*). Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível.⁴⁵ É comum proceder-se a uma ponderação sem indicar, de antemão, o que, precisamente, está sendo objeto de sopesamento. Isso, evidentemente, viola o postulado científico da explicitude das premissas, bem como o princípio jurídico da fundamentação das decisões, ínsito ao conceito de Estado de Direito.

A segunda etapa é a da *realização da ponderação* (*Abwägung*), em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento. No caso da ponderação de princípios, essa deve indicar a relação de primazia entre um e outro.

A terceira etapa é a da *reconstrução da ponderação* (*Rekonstruktion der Abwägung*), mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso.

Vários podem ser os critérios de ponderação. Especial atenção deve ser dada aos princípios constitucionais e às regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles, como a de que os argumentos linguísticos e sistemáticos devem ter primazia sobre os históricos, genéticos e meramente pragmáticos.⁴⁶

3.6.2.2 Concordância prática

Nesse contexto, também aparece a concordância prática como a finalidade que deve direcionar a ponderação: o dever de realização máxima de valores que se imbricam. Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre

44. Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, p. 165; José M. Rodríguez de Santiago, *La Ponderación de Bienes ...*, pp. 117 e ss.

45. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 317.

46. Humberto Ávila, “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”, *RD Tributário* 79/163 e ss., e *Materiell verfassungsrechtliche Beschränkungen der Besteuerungsgewalt in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz*, pp. 375 e ss.

os princípios e as regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles. A esse respeito, Dürig fala do dever de buscar uma *síntese dialética* entre as normas imbricadas, com a finalidade de encontrar uma otimização entre os valores em conflito.⁴⁷

Nem a ponderação nem a concordância prática indicam, porém, os critérios formais ou materiais por meio dos quais deve ser feita a promoção das finalidades entrelaçadas. Consubstanciam estruturas exclusivamente formais e despidas de critérios. Como será oportunamente investigado, são os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade que permitem estruturar a realização das normas constitucionais.

3.6.2.3 Proibição de excesso

A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental.

A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.

A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, princípio ou regra (competência estatal para instituir impostos) não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada).⁴⁸ Alguns casos podem melhor esclarecer a questão.

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu por negar provimento a recurso extraordinário por entender excessiva e despropor-

47. Munz, Dürig, Herzog e Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, art. 3, Abs. I, número de margem 121 e 128.

48. Klaus Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, pp. 232-423.

cional a majoração do imposto de licença sobre as cabinas de banho. A recorrente aduziu que tal imposição poderia lhe cercear uma atividade lícita e, por isso, estaria colidindo com o princípio da liberdade de qualquer profissão (art. 141, § 14, da CF de 1946).⁴⁹ O voto do Ministro Orosimbo Nonato faz referência à decisão da Suprema Corte Americana no sentido de que “o poder de taxar somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade”. Sendo assim, mesmo considerando o imposto “imodesto”, o Ministro reconheceu ser ele exigível, pois o mesmo não estaria “aniquilando a atividade particular” – fato que seria determinante para o reconhecimento do excesso na majoração.

Noutra oportunidade, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal confirmou a jurisprudência reiterada do Tribunal no sentido de proibir a utilização de sanções políticas como forma de compelir o contribuinte a pagar o tributo supostamente devido. O Min. Celso de Mello fez referência expressa ao postulado da proibição de excesso, ao afirmar que os direitos do contribuinte ao livre exercício de sua atividade profissional ou econômica não poderiam ser indevidamente restringidos pela Administração Tributária mediante a adoção de condutas coercitivas para o pagamento de tributos. Conforme o voto do Ministro, “a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental assegurados ao contribuinte”.⁵⁰ Em virtude disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manteve-se incólume, de sorte que a utilização de sanções políticas como forma de compelir o contribuinte a pagar tributos foi novamente rechaçada.

Noutro julgamento o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por deferir medida liminar que suscitava a inconstitucionalidade de lei estadual que elevava os valores de taxa judiciária. Tal lei estadual “estaria violando os arts. 153, §§ 30 e 32; 19, I; e 8º, XVII, ‘c’”, da Constituição então vigente.⁵¹ O fato de a taxa judiciária ter sido elevada

49. STF, 2ª Turma, RE 18.331-SP, rel. Min. Orosimbo Nonato, j. 21.9.1951, *DJU* 8.11.1951, p. 10.865.

50. STF, 2ª Turma, AgR no RE 1.154.279/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 1.3.2019, *DJe* 28.3.2019, p. 13.

51. STF, Tribunal Pleno, MC na Repr. 1.077-RJ, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 26.2.1981, *DJU* 27.3.1981, p. 2.533. Na ADI-MC-QO 2.551-MG, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 20.4.2006, p. 5, o Tribunal, além de proclamar a

em 827% impediria o acesso ao Judiciário de uma grande parcela da população. O Relator acolheu os argumentos do autor, sustentando, ainda, a necessidade de proteção ao interesse público (acesso à prestação jurisdicional) e, também, a possibilidade de danos irreparáveis caso não fosse concedida a medida liminar.

Noutro caso, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu dar parcial provimento a recurso extraordinário que se insurgia contra a decisão do Tribunal *a quo* que determinava o pagamento do “imposto do selo dos empréstimos registrados em conta corrente sem contrato escrito, na conformidade do art. 49 da Tabela Anexa ao Regulamento do Selo (Decreto-lei n. 4.655/1942)”. A decisão do Tribunal *a quo* também mantinha a multa pelo não pagamento do imposto no valor de 50 vezes o valor do selo. O Tribunal reconheceu o direito à cobrança do imposto do selo, mas modificou o entendimento em relação ao valor da multa, considerando-a excessiva (50 vezes o valor do selo).⁵²

Em todos esses casos o Supremo Tribunal Federal não investigou a legitimidade da finalidade, nem a necessidade da adoção das medidas, e muito menos a existência de finalidades públicas que pudessem justificar as medidas adotadas. Não houve exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, em sentido estrito, em função de uma relação entre meio e fim. Em vez disso, o Tribunal apenas verificou que nenhuma medida pode restringir excessivamente um direito fundamental, sejam quais forem as razões que a motivem. Daí se falar em proibição de excesso como limite, separadamente do postulado da proporcionalidade.⁵³

irrazoabilidade do valor da taxa, reconheceu que o impacto econômico causado pela sua cobrança (43,59% sobre a parcela do prêmio retida pelas sociedades seguradoras) causaria restrição exagerada à atividade econômica realizada pelas empresas seguradoras, pois consumiria uma parte demasiada do prêmio auferido. Também no RE 413.782-8-SC, o Tribunal Pleno, em caso relatado pelo Min. Marco Aurélio, *DJU* de 3.6.2005, p. 4, examinou a constitucionalidade de parte do Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina, segundo a qual o contribuinte inadimplente relativamente ao dever de pagar ICMS poderia ter acesso apenas a notas fiscais avulsas. O Tribunal manifestou-se no sentido de que a impressão de notas fiscais caso a caso é medida que “inviabiliza o exercício, pela empresa devedora, de atividade econômica lícita”.

52. STF, 1ª Turma, RE 47.937-GB, rel. Min. Candido Motta, j. 19.11.1962, *DJU* 6.12.1962, p. 3.744.

53. Humberto Bergmann Ávila, “Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance”, *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário* 7/73-104, e *Materiell verfassungsrechtliche ...*, p. 75. Neste ponto, com precisão: Luís Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *RT* 798/27.

Além disso, é plausível imaginar casos em que a medida adotada pelo Poder Público seja considerada proporcional sem que o núcleo essencial de um direito fundamental seja atingido e a medida, por consequência, seja considerada excessiva.

Vamos a um exemplo. O Poder Público, para proteger os consumidores, obriga os supermercados de uma determinada região a etiquetar todos os produtos vendidos em seus estabelecimentos. A medida serve de meio para promover um fim – qual seja, a proteção dos consumidores. A adoção da medida causa uma restrição ao direito de livre exercício de atividade econômica dos supermercados. Como a situação envolve uma relação de causalidade entre um meio e um fim concreto, tem aplicabilidade o postulado da proporcionalidade. Procedendo-se ao exame da adequação, pode-se concluir que os efeitos da medida adotada contribuem para a gradual realização do fim. Etiquetar os produtos contribui para proteger os consumidores. Pondo em prática o exame da necessidade, é plausível concluir pela inexistência de outro meio alternativo, se os meios disponíveis não são considerados igualmente adequados para proteger os consumidores. Os efeitos da implantação do código de barras promovem menos intensamente a proteção da maioria dos consumidores do que a obrigação de etiquetar cada produto. A obrigação de etiquetar os produtos é necessária. E, contrapondo-se as vantagens e as desvantagens da adoção da medida, pode-se chegar à conclusão de que, apesar de não haver outro meio igualmente adequado para proteger os consumidores, ainda assim o *grau da restrição* causada ao princípio do livre exercício da atividade econômica pela obrigação de colocar etiquetas em todos os produtos (custos administrativos, trabalho humano de etiquetar e novamente etiquetar quando os preços mudam, repasse dos custos para os preços dos produtos, abandono do moderno sistema de código de barras) é desproporcional ao grau de promoção do princípio da proteção dos consumidores (proteção de uma minoria desatenta de consumidores em detrimento da média dos consumidores, que é protegida por outros meios já existentes). Enfim, a medida, apesar de adequada e necessária, é considerada desproporcional em sentido estrito.

Sem adentrar o mérito da solução imaginada, a contribuição do exemplo consiste em demonstrar que os três exames inerentes à proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) foram feitos sem que em momento algum fosse cogitada a restrição ao núcleo essencial do princípio do livre exercício da atividade econômica. Os supermercados não irão à ruína, seu conjunto de direitos

de liberdade não será aniquilado; e, ainda assim, a medida foi declarada desproporcional. É dizer: a medida foi considerada desproporcional sem ser excessiva no sentido de adentrar o núcleo inviolável dos direitos fundamentais. Isso significa, em síntese, que pode haver exame por meio do postulado da proporcionalidade sem qualquer controle por meio do postulado da proibição de excesso. E pode haver controle por meio do postulado da proibição de excesso sem que haja controle por meio do postulado da proporcionalidade, como ocorre, por exemplo, nos casos acima mencionados de tributação com finalidade fiscal, em que não há relação de causalidade entre um meio e um fim concreto, e mesmo assim foi constatada a excessividade das medidas adotadas. Enfim, são postulados distintos, porque com aplicabilidade diversa.

Para compreender a distinção entre o postulado da proporcionalidade e o postulado da proibição de excesso é preciso verificar que o primeiro opera num âmbito *a partir do qual* o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado. Numa representação poderíamos imaginar um grande círculo representando os graus de intensidade da restrição de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável. A finalidade pública poderia justificar uma restrição situada da coroa mais externa até aquela mais interna, dentro da qual é proibido adentrar. Pois bem. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito opera entre o limite da coroa mais interna e o da coroa mais externa, e compara o grau de restrição da liberdade com o grau de promoção da finalidade pública, para permitir a declaração de invalidade de uma medida que causa restrição *demais* para promoção *de menos*. Para efeitos didáticos, seria como afirmar que a promoção de uma finalidade pública equivalente ao grau 1 não justifica uma restrição a um princípio fundamental equivalente ao grau 4. A medida, nessa hipótese, seria desproporcional em sentido estrito. A proibição de excesso apenas indicaria, por suposição, que nenhuma restrição poderia equivaler ao grau 5, pois ele representaria o anel central não passível de invasão, independentemente da sua finalidade justificativa e do grau de intensidade da sua realização.

Todas essas considerações, cuja compreensão exige boa dose de imaginação, têm a exclusiva finalidade de demonstrar que o método de controle exigido pelo postulado da proibição de excesso é diverso do controle determinado pelo postulado da proporcionalidade. Sendo diversa a estrutura de controle, o amor à clareza conduz à adoção de

terminologia também diversa. Essas estruturas – enfatize-se a mais não poder – podem ser explicadas de maneiras diferentes e com nomenclaturas coincidentes. Isso é uma coisa. O que não se pode – saliente-se ao máximo – é baralhá-las pelo emprego do mesmo nome. O que é outra coisa.

3.6.3 *Postulados específicos*

3.6.3.1 Igualdade

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação.⁵⁴ Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. Duas pessoas são formalmente iguais ou diferentes em razão da idade, do sexo ou da capacidade econômica. Essa diferenciação somente adquire relevo *material* na medida em que se lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve. Duas pessoas podem ser iguais ou diferentes segundo o *critério da idade*: devem ser tratadas de modo diferente para votar nalguma eleição, se uma tiver atingido a maioridade não alcançada pela outra; devem ser tratadas igualmente para pagar impostos, porque a concretização dessa finalidade é indiferente à idade. Duas pessoas podem ser consideradas iguais ou diferentes segundo o *critério do sexo*: devem ser havidas como diferentes para obter

54. Sobre o tema, cf., por todos, o excelente livro de Celso Antônio Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., 19ª tir., 2010. Cf., também: Lothar Michael, *Der allgemeine Gleichheitssatz ...*, pp. 42 e ss. Conferir, igualmente, minha obra: Humberto Ávila, *Teoria da Igualdade Tributária*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, onde a igualdade é examinada em toda a sua extensão.

licença-maternidade se somente uma delas for do sexo feminino; devem ser tratadas igualmente para votar ou pagar impostos, porque a concretização dessas finalidades é indiferente ao sexo. Do mesmo modo, duas pessoas podem ser compreendidas como iguais ou diferentes segundo o *critério da capacidade econômica*: devem ser vistas como diferentes para pagar impostos, se uma delas tiver maior capacidade contributiva; são tratadas igualmente para votar e para a obtenção de licença-maternidade, porque a capacidade econômica é neutra relativamente à concretização dessas finalidades.⁵⁵

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito.⁵⁶ Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental.

3.6.3.2 Razoabilidade

3.6.3.2.1 *Generalidades*

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa.⁵⁷ Enfim, a razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades. Embora as decisões

55. Paul Kirchhof, *Die Verschiedenheit der Menschen und die Gleichheit vor dem Gesetz*, pp. 8 e ss.

56. Klaus Vogel e Christian Waldhoff, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 81ª tir., p. 388; Dieter Birk, *Steuerrecht I, Allgemeines Steuerrecht*, 2. Auf, pp. 10-11; Stefan Huster, *Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, pp. 149, 166-167 e 210.

57. Sobre a multiplicidade de significados, v.: Gino Scaccia, *Gli "Strumenti" della Ragionevolezza nel Giudizio Costituzionale*, 2000. Sobre o tema, cf. Gustavo Zagrebelsky, "Su tre aspetti della ragionevolezza", *Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*, pp. 179 e ss.; Augusto Cerri, *Corso di Giustizia Costituzionale*, 2ª ed., pp. 233 e ss.

dos Tribunais Superiores não possuam uniformidade terminológica, nem utilizem critérios expressos e claros de fundamentação dos postulados de proporcionalidade e de razoabilidade, ainda assim é possível – até mesmo porque isso se inclui nas finalidades da Ciência do Direito – reconstruir analiticamente as decisões, conferindo-lhes a almejada clareza. Por isso, não se pode afirmar que a falta de utilização expressa de critérios no exame da proporcionalidade e da razoabilidade não permita ao teórico do Direito saber, mediante a reconstrução analítica das decisões, quais são os critérios implicitamente utilizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁵⁸

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. 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 uma 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 que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. São essas acepções que passam a ser investigadas.

3.6.3.2.2 *Tipologia*

3.6.3.2.2.1 Razoabilidade como equidade – No primeiro grupo de casos o postulado da razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual.

Em primeiro lugar, a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece. Alguns casos ilustram essa exigência.

Um advogado requereu o adiamento do julgamento perante o Tribunal do Júri porque era defensor de outro caso rumoroso que seria julgado na mesma época. O primeiro pedido foi deferido. Depois de defender seu cliente, e diante da recomendação de repouso por duas semanas, o advogado requereu novo adiamento do julgamento. Nesse caso, porém,

58. Com diversa compreensão, cf. Luís Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *RT* 798/34.

o julgador indeferiu o pedido, por considerar o adiamento um descaso para com a Justiça, presumindo que o advogado estava pretendendo, de forma maliciosa, postergar indevidamente o julgamento. Na data marcada para o julgamento, e mesmo após o réu afirmar que seu advogado não estava presente, o Juiz-Presidente nomeou advogado dativo, que logo assumiu a defesa. Inconformado com o indeferimento do pedido e com o próprio resultado do julgamento, o advogado impetrou *habeas corpus*. Na decisão asseverou-se não parecer fora de razoabilidade que o advogado, que patrocinava causas complexas, cujo julgamento estava ocorrendo com certa contemporaneidade, pudesse pedir o adiamento em razão do que ocorrera no julgamento anterior. Enfim, afirmou-se que é razoável presumir que as pessoas dizem a verdade e agem de boa-fé, em vez de mentir ou agir de má-fé.⁵⁹ Na aplicação do Direito deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o contrário. A defesa apresentada pelo advogado dativo foi considerada nula, em razão de o indeferimento do pedido de adiamento do julgamento feito pelo advogado ter cerceado o *direito de defesa* do réu.⁶⁰

A um Procurador do Estado, que interpôs agravo de instrumento em folha de papel timbrado da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, foi exigida a comprovação da condição de Procurador pela juntada do título de nomeação para o cargo ou de documento emitido pelo Procurador-Geral do Estado. Alegada a falta de instrumento de mandato, a questão foi levada a julgamento, momento em que se asseverou ser razoável presumir a existência de mandato quando o procurador possui mandato legal. Na interpretação das normas legais deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o extraordinário, como a circunstância de alguém se apresentar como procurador do Estado sem que possua, realmente, essa qualificação. Em virtude disso, foi determinado o co-

59. Tal argumento foi utilizado pelo Min. Dias Toffoli no julgamento de Recurso Ordinário em HC no qual se discutiu a possibilidade de anular o processo penal em virtude da alegada ofensa ao direito de defesa e ao contraditório do réu. Apesar de vencido no caso, o Min. Dias Toffoli sustentou que o atraso de dez a quinze minutos do defensor e da testemunha, devido às chuvas no deslocamento para a comarca, não deveria ter impedido a oitiva da testemunha, pois era razoável presumir que o defensor teria dito a verdade e agido de boa-fé, atrasando-se por questões alheias ao seu controle (STF, 1ª Turma, RHC 124.041-GO, rel. Min. Dias Toffoli, rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 30.8.2016, *DJe*-256, 1.12.2016, p. 9).

60. STF, 2ª Turma, HC 71.408-1-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.8.1999, *DJU* 29.10.1999.

nhecimento do agravo de instrumento em razão de sua ineficácia afetar diretamente o direito de *ampla defesa* pelo mero fetichismo da forma.⁶¹

Um instrumento de mandato que esteja subscrito por quem se diz representante da pessoa jurídica de direito público, com menção do cargo ocupado no âmbito da respectiva Administração, não pode ser havido como irregular ou falso. Na interpretação das normas deve-se presumir o que ocorre no dia a dia, e não o extravagante.⁶²

Nos casos acima referidos a razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal, nos casos analisados.

Em segundo lugar, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal. Dois exemplos, um deles já mencionado, iluminam esse dever.

Uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte para efeito de pagamento conjunto dos tributos federais, foi excluída desse mecanismo por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou uma importação. A importação, porém, foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Recorrendo da decisão, a exclusão foi anulada, por violar a razoabilidade, na medida em que uma *interpretação dentro do razoável* indica que a interpretação deve ser feita “em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”.⁶³ Nesse caso, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário especial incidiu, mas a consequência

61. STF, 2ª Turma, RE 192.553-1-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.1998, DJU 16.4.1999, p. 24.

62. STF, 2ª Turma, ED no RE 199.066-0-PR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.4.1997, DJU 1.8.1997, p. 33.483.

63. Processo 13003.000021/99-14, 2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000.

do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justifica (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). Dito de outro modo: segundo a decisão, o estímulo à produção nacional não deixaria de ser promovido pela mera importação de alguns pés de sofá.

Um segundo exemplo ilustra a aplicação da razoabilidade como equidade na consideração do aspecto individual do caso e afastamento da norma geral. Trata-se do caso no qual o contribuinte foi excluído do REFIS pela autoridade competente devido à ausência de prestação de informações e a erro na realização de procedimento formal destinado à consolidação do valor devido ao Fisco. De fato, a empresa havia deixado de prestar informações e cometido equívocos formais no procedimento de consolidação efetuado na *internet*. Ao analisar esta questão, no entanto, o STJ declarou a impossibilidade de exclusão do contribuinte do REFIS, na medida em que a empresa havia atuado de boa-fé, realizado o pagamento das parcelas dentro do prazo e não havia ocorrido qualquer prejuízo ao erário.⁶⁴ Nesse caso, a regra segundo a qual é proibido enviar consolidação com erro e não prestar informações à autoridade competente incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do REFIS), porque a não adoção da conduta nela prevista não comprometia a promoção do fim que a justificava (quitação das dívidas do contribuinte e recebimento dos valores pelo Fisco). Em outras palavras, o estímulo à regularização do contribuinte e o consequente pagamento dos valores devidos seria promovido, ainda que a empresa tivesse cometido pequenos erros procedimentais e deixado de fornecer algumas informações à autoridade fiscal competente.

Nos exemplos acima referidos a regra geral, aplicável à generalidade dos casos, não foi considerada aplicável a um caso individual, em razão da sua anormalidade. Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. 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. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas,

64. STJ, 2ª Turma, REsp 1.676.935-RS, rel. Min. Og Fernandes, j. 28.11.2017, DJe 5.12.2017.

mas a regra, mesmo assim, não é aplicada.⁶⁵ Nos casos analisados as condições de aplicação da regra foram satisfeitas. No primeiro exemplo, a condição de aplicação da regra, segundo a qual o contribuinte deve ser excluído de um mecanismo especial de pagamento de tributos quando efetuar uma importação, foi preenchida. Da mesma forma, no segundo exemplo, as condições de aplicação da regra, segundo a qual o contribuinte deve ser excluído do REFIS quando não prestar informações à autoridade fiscal competente e cometer erros de procedimento, também foram preenchidas. Ainda assim, nos dois casos, a regra não foi aplicada: o contribuinte não foi excluído *naqueles casos*. Essa concepção de razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles, para quem a natureza da equidade consiste em ser um corretivo da lei quando e onde ela é omissa, por ser geral.⁶⁶

Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (“Preâmbulo” e art. 3º da CF).

3.6.3.2.2 Razoabilidade como congruência – No segundo grupo de casos o postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação.

Em primeiro lugar, a razoabilidade exige, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente.⁶⁷ Alguns exemplos o comprovam.

Uma lei estadual instituiu adicional de férias de um-terço para os inativos. Levada a questão a julgamento, considerou-se indevido o referido adicional, por traduzir uma vantagem *destituída de causa* e do necessário coeficiente de razoabilidade, na medida em que só deve ter adicional de férias quem tem férias. Como consequência disso, a instituição do adicional foi anulada, em razão de violar o devido processo

65. Jaap C. Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*, p. 114.

66. Aristóteles, *Ética Nicomachea*, p. 381 (1.137 e ss.).

67. Weida Zancaner, “Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito”, *Revista Diálogo Jurídico* 9/4 (disponível em <http://www.direitopublico.com.br>).