



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

Direito Administrativo Global: padrões substantivos

Global administrative law: substantive standards

Hidemberg Alves da Frota

Resumo: Este artigo jurídico expõe o conteúdo dos padrões substantivos do Direito Administrativo Global, composto, de acordo com os propositores do DAG, pelo princípio da expectativa legítima e pelo princípio da proporcionalidade. Partindo-se dessa premissa, almeja-se conferir maior densidade teórica às bases principiológicas do Direito Administrativo Global, levando-se em conta a dogmática das famílias jurídicas anglo-saxônica e romano-germânica, com destaque ao pensamento administrativista ibero-americano.

Palavras-chave: Direito Administrativo Global; padrões substantivos; princípios do Direito Administrativo.

Abstract: This legal article exposes the contents of substantive standards of Global Administrative Law, which is composed, according to its proponents, by the principle of legitimate expectations and the principle of proportionality. Starting from this premise, the aim is to provide greater theoretical density for the normative bases of Global Administrative Law, taking into account the legal doctrine of Anglo-Saxon and Romano-Germanic legal families, especially Ibero-American administrative thinking.

Keywords: Global Administrative Law; substantive standards, principles of administrative law.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n1p1-36>

Artigo submetido em: março de 2014. **Aprovado em:** outubro de 2014.

DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL: PADRÕES SUBSTANTIVOS*

Hidemberg Alves da FROTA**

Sumário: 1 Introdução; 2 Considerações iniciais; 3 O princípio da expectativa legítima; 4 O princípio da proporcionalidade e seus componentes; 4.1 Proporcionalidade e razoabilidade; 4.2 O teste da adequação; 4.2.1 A finalidade legítima; 4.2.2 A adequação stricto sensu; 4.3 O teste da necessidade; 4.3.1 O juízo de eficácia; 4.3.2 O juízo de economicidade; 4.4 O teste da proporcionalidade em sentido estrito; 5 O princípio da racionalidade, o princípio da motivação e os padrões substantivos; 5.1 A essência do princípio da racionalidade; 5.2 O liame entre os princípios da racionalidade e da motivação; 5.2.1 A motivação formal; 5.2.2 A motivação material; 5.2.3 As motivações formal e material e o devido processo substantivo; 6 Conclusão; 7 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Neste artigo jurídico reflete-se acerca da construção de um Direito Administrativo Global — DAG norteado por *padrões substantivos*, inspirado não apenas em juristas que desenvolvem linhas de pesquisa nessa área de concentração como também em teóricos que analisam, de forma detida, a principiologia do Direito Público e do Direito Administrativo.

Hasteia-se visão prospectiva (MOREIRA NETO, 2011, p. 156-157), de longo prazo, tendo-se em mira a relevância da uniformização principiológica do Direito Administrativo Global, para que este se consolide como Direito Público, motivo por que se almeja contribuir com a elaboração doutrinária do conteúdo dos princípios publicistas mais diretamente relacionados, na óptica dos propositores do DAG, ao que chamam de padrões substantivos desse incipiente ramo jurídico.

Assim, após planteadas as noções fundamentais sobre o Direito Administrativo Global, alinhava-se contributo doutrinário relativo às bases principiológicas dos padrões substantivos do DAG, levando-se em conta a dogmática jurídica filiada às famílias jurídicas anglo-saxônica e romano-germânica, com destaque ao pensamento administrativista ibero-americano.

2 Considerações iniciais

Na Faculdade de Direito da Universidade de Nova Iorque (*New York University School of Law — NYU Law*), o Instituto Internacional de Direito e Justiça (*Institute of International Law and Justice*), em parceria com o Centro Frank J. Guarini de Direito

*Agradecimento do autor à cuidadosa revisão pela equipe editorial da RDDA.

** Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas. Assessor de Procurador de Justiça. Pós-Graduado (Especialista) em Direito Público: Direito Constitucional e Direito Administrativo pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Correio eletrônico: alvesdafrota@gmail.com.

Ambiental e do Direito de Uso e Aproveitamento do Solo¹ (*Frank J. Guarini Center on Environmental and Land Use Law*), desenvolve, de forma pioneira, o “Projeto de Pesquisa sobre o Direito Administrativo Global” (*Global Administrative Law Research Project*) (HEILMANN, 2010, p. 171-172), de que resultou o trabalho científico preliminar (*working paper*) denominado “A Emergência do Direito Administrativo Global” (*The emergence of global administrative law*), veiculado em 2004, na Rede Mundial de Computadores, depois convertido no artigo científico de mesmo título, encartado, no ano de 2005, no periódico científico interdisciplinar *Law and Contemporary Problems* (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012b, p. 15-61), publicação vinculada à Faculdade de Direito da Universidade de Duke — *Duke University School of Law* —, situada nos EUA, no Estado da Carolina do Norte, escrito por Benedict Kingsbury (internacionalista nascido nos Países Baixos, com formação acadêmica na Nova Zelândia e no Reino Unido, atualmente radicado nos Estados Unidos da América), Nico Krisch (internacionalista alemão, com carreira científica desenvolvida na Alemanha, nos EUA, no Reino Unido, na Itália e na Espanha) e Richard B. Stewart (renomado administrativista e ambientalista nos Estados Unidos da América), *paper* depois traduzido para o espanhol por Gisela Paris e Luciana Ricart (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012a, p. 1-46). Em tal ensaio pioneiro delineiam-se as *linhas mestras* da concepção doutrinal do *Direito Administrativo Global* — *DAG*, *Global administrative law* — *GAL* (KINGSBURY, 2012, p. 24) ou *Derecho Administrativo Global* — *DAG* (MONTALVO, 2012), cuja produção dogmática tem sido, passo a passo, reunida no sítio eletrônico <http://www.iilj.org/GAL> (FROTA, 2014, p. 171-172).

À luz do pensamento de Kingsbury, Krisch e Stewart, ideólogos da doutrina do Direito Administrativo Global, este seria o fruto da fragmentária formação (MEILÁN GIL, 2011, p. 124), ora em andamento, do espaço administrativo global (*global administrative espace* ou *espacio administrativo global*), construído pela alvorada de complexas interações entre os múltiplos atores envolvidos com a governança regulatória global (*global regulatory governance* ou *gobernanza regulatoria global*), rol multifacetário a abranger organismos internacionais formais e informais, redes transnacionais, acordos de coordenação, entes estatais (autoridades regulatórias domésticas), organizações não governamentais, pessoas naturais ou físicas (indivíduos das mais diversas nacionalidades e etnias), sociedades empresárias e outros grupos ou representantes de interesses sociais e econômicos, na esfera doméstica, internacional e global (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012a, p. 8, 14-15; KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012b, p. 18, 25-26).

Aperfeiçoar o controle da atividade regulatória global importa, entre outros aspectos, a sujeição do espaço administrativo global a padrões substantivos (*substantive*

¹ Neste artigo jurídico, ao se traduzir para o português brasileiro a locução substantiva anglófona *Land Use Law*, adotou-se a tradução livre *Direito do Solo*, termo invocado em Portugal, por influência do Direito Comparado Europeu (CARDOSO, 2012).

standards ou *estándares sustantivos*), os quais, na percepção de Kingsbury, Krisch e Stewart, relacionam-se tanto ao princípio da expectativa legítima (*legitimate expectations* ou *expectativas legítimas*), quanto ao princípio da proporcionalidade (*principle of proportionality*) (GATHII, 2013, p. 202-203; KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012a, p. 27; KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012b, p. 40; KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 24).

Antes de aprofundar o exame de ambos os princípios, cumpre enfatizar que o desenvolvimento dos padrões substantivos se conjuga com a implementação de padrões processuais ou procedimentais consecutórios, relacionados à participação processual, à transparência e ao acesso à informação.

James Thuo GATHII (2013, p. 202-203), ao discorrer sobre a Força-Tarefa de Ação Financeira², vinculada à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico OCDE³, e Michael S. Barr e Geoffrey P. MILLER (2013, p. 45-46), ao digressionarem acerca do Comitê de Supervisão Bancária da Basileia⁴, demonstram que aprimorar o controle e suplantar o déficit de legitimidade, na seara do espaço administrativo global, implica ampliar, de modo significativo, a participação, no processo decisório imanente a organismos internacionais, de autoridades estatais a representarem os interesses, a visão de mundo e as demandas de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, de molde que as instituições internacionais formais e informais ínsitas ao sistema regulatório global se depurem de práticas excludentes ou elitistas e não sirvam de mera *longa manus* da política externa de países desenvolvidos.

Nesse passo, a participação processual (*procedural participation* ou *participación procesal*) consubstancia-se na antecedente participação (*verbi gratia*, manifestação — inclusive, apresentando, se for o caso, peça de defesa e/ou documentação pertinente —, oitiva e/ou inquirição, consoante as peculiaridades de cada circunstância) de (a) pessoas físicas ou naturais, de (b) pessoas jurídicas ou coletivas e de (c) grupos sociais e/ou econômicos passíveis de serem afetados pela futura decisão administrativa (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012a, p. 6, 25-26, 36; KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012b, p. 37).

A ela se conjuga a transparência e o acesso à informação concernentes quer ao controle direto (efetuado pela coletividade sem a intermediação de agentes públicos) dos órgãos e das entidades integrantes do espaço administrativo global, viabilizados, por intermédio, *in exemplis*, da publicidade das decisões administrativas e de documentos relevantes à fiscalização popular, quer ao efetivo exercício dos direitos

² Igualmente denominada de Grupo de Ação Financeira Internacional — GAFI e, no exterior, mais conhecida como *Groupe d'Action Financière* — GAFI ou *Financial Action Task Force* — FATF.

³ No exterior, mais conhecida como *Organisation de coopération et de développement économiques* — OCDE ou *Organisation for European Economic Co-operation* — OEEC.

⁴ O Comitê de Basileia no exterior é mais conhecido como *Basel Committee on Banking Supervision* — BCBS ou, simplesmente, *Basel Committee*.

imanescentes à participação processual e à revisão (este entendido como o direito do administrado e dos demais legitimados ao reexame do caso concreto por instância revisora independente) (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012a, p. 6, 16-17, 25-27, 32, 36, 46).

3 O princípio da expectativa legítima

Embora o princípio da expectativa legítima seja invocado por Kingsbury, Krisch e Stewart como integrante dos padrões substantivos (situados, por tais pesquisadores, na espinha dorsal do corpo normativo do Direito Administrativo Global), os referidos administrativistas não descrevem o conteúdo dessa norma jurídica (não elucidam o que entendem por expectativas legítimas), porque mencionam tal princípio *en passant* (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012a, p. 27; KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012b, p. 40).

A despeito da carência de descrição precisa e razoavelmente consensual (não apenas por Kingsbury, Krisch e Stewart, mas também pela dogmática jurídica em geral, brasileira e estrangeira⁵), mostra-se plausível, sob a óptica jurídica, avistar o princípio da expectativa legítima como norma jurídica que franqueia ao administrado o direito público subjetivo de que a Administração concretize (realizando, *exempli gratia*, uma obrigação de dar ou uma obrigação de fazer) ou compense (*verbi gratia*, ressarcindo na esfera administrativa ou indenizando na via judicial a parte prejudicada) a expectativa legítima suscitada naquele particular, em decorrência de conduta pretérita da própria Administração (BRIGIDI DE MELLO, 2006, p. 180-182), em relação à qual tenha sido plausível presumir, pelo interessado, apoiado em verossímil juízo de prognose (BRIGIDI DE MELLO, 2006, p. 182) e à vista da *ausência* de erro administrativo crasso ou de interpretação jurídico-administrativa manifestamente desarrazoada ou antijurídica, que esse procedimento administrativo encontrava-se dotado de coeficiente mínimo de juridicidade (máxime, de constitucionalidade, de legalidade e de proporcionalidade, conforme o ordenamento jurídico considerado).

Como exceções figuram as circunstâncias em que, em momento ulterior a essa ação administrativa, desponha a impossibilidade jurídica de atender tal expectativa legítima do administrado, mormente quando advêm, de forma superveniente, alterações do Direito Legislado⁶ e/ou da legislação regulatória que impedem o aparelho administrativo de prosseguir a linha de atuação (até então juridicamente plausível) cuja continuidade era esperada, de forma legítima e com boa-fé⁷, pelo particular.

⁵ No tocante ao conteúdo análogo do princípio da confiança legítima, cf. GONZÁLEZ PÉREZ (2009, p. 75).

⁶ Sobre a distinção entre direito adquirido e expectativas legítimas, cf. o item 4.1 da *Sentencia C-663/07* da Corte Constitucional colombiana (COLÔMBIA, 2012).

⁷ O princípio da boa-fé dialoga com o princípio da expectativa legítima sob os ângulos quer da boa-fé *objetiva*, quanto ao dever de agir da autoridade administrativa e do administrado, em prol da estabilidade das relações jurídicas e de interpretações jurídicas congruentes e perenes, quer da boa-fé

A mitigação do princípio da expectativa legítima deve ocorrer apenas em face de exigências inafastáveis, evidenciadas no caso concreto e ditadas pelo princípio da supremacia do interesse público, a exprimir, no contexto do Direito Público Interno, o interesse geral da sociedade ou, no caso do Direito Público Global, o interesse geral da humanidade — interesse público primário ou interesse público propriamente dito (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 65-67, 101-102) —, emoldado pelo ordenamento jurídico, com base em esclarecedora motivação (BRIGIDI DE MELLO, 2006, p. 184-185), efetuada pela autoridade competente⁸, amparada em firme e perceptível alicerce nos correspondentes marcos jurídicos, a exemplo, na tessitura da ordem jurídica pátria, do Direito Prescritivo, principalmente no Direito Constitucional Positivo.

Com efeito, Eduardo Brigidi de Mello vislumbra o princípio da expectativa legítima (1) como corolário do princípio da segurança jurídica e do princípio da confiança⁹ (atribuindo a esta norma jurídica a condição de consecutória, por seu turno, do princípio da boa-fé objetiva), (2) como resultado da amálgama do elemento essencial — “situação fática que tenha gerado confiança” (BRIGIDI DE MELLO, 2006, p. 183) — com elementos adicionais ou acidentais (*ut uita*, a manifestação da parte contrária, as normas jurídicas relacionadas, de maneira mediata, ao caso concreto, e a existência de uma situação perenizada pelo transcurso do tempo ou de uma circunstância credora de proteção da ordem jurídica), e, ao mesmo tempo, (3) como causa final do princípio da confiança, o qual, por sua vez, aos olhos de Brigidi de Mello, consiste na premissa lógica (em abstrato), bem assim no ponto de partida do percurso argumentativo a desaguar na caracterização, no caso concreto, da indevida violação de expectativa legítima (BRIGIDI DE MELLO, 2006, p. 175, 177, 179, 180, 182, 183).

Para o diplomata gaúcho, denota-se primordial a invocação, de formadireta ou imediata, do princípio da expectativa legítima, quando faltante, em dada circunstância concreta, expressa e antecedente norma protetiva, em favor do polo hipossuficiente (em regra, o administrado e, em tessituras excepcionais, a Administração, a exemplo de um litígio contra sociedade empresária impregnada de superlativo poder econômico), ao passo que, acaso na situação *in concreto* exista manifesta e prévia norma jurídica aplicável de pronto em resguardo da esfera jurídica da parte

subjetiva, no que se refere seja à exigência de que o agente, ao exercer a função administrativa, assim proceda imbuído de padrões de lealdade e decoro proporcionais à relevância social e institucional do múnus que desempenha, seja à crença do administrado de que o aparelho administrativo atua imbuído de juridicidade, lealdade, congruência e proporcionalidade, respeitosa da segurança jurídica. Em relação à boa-fé no Direito Administrativo, cf. CARVALHO (2008, p. 88-89), COUTO (2011, p. 106-108), COVIELLO (2004, p. 460), MARRARA (2012a, p. 567-568, 571), MOREIRA (2007, p. 116), OLIVEIRA (2013, p. 85).

⁸ Quanto à competência em Direito Administrativo, cf. Tácito (1997, p. 299).

⁹ Na dogmática jurídica brasileira, destacam-se as considerações quer de Valter Shuenquener de Araújo, acerca do análogo *princípio da proteção da confiança* (ARAÚJO, 2009, p. 239), quer de Gerson Luiz Carlos Branco, relativamente às *expectativas legítimas* (BRANCO, 2002, p. 179-181), além de Samir Namur e Vinicius Klein, no que diz respeito à diferença entre a boa-fé *objetiva* e a boa-fé *subjetiva* (NAMUR; KLEIN, 2012, p. 358).

hipossuficiente, o princípio da expectativa legítima desempenha função retórica apenas ancilar, de importância secundária, a título de reforço argumentativo, de caráter mediato ou indireto, em complemento às regras e aos princípios previstos, disponíveis de antemão pelo ordenamento jurídico (BRIGIDI DE MELLO, 2006, p. 176, 179, 180).

4 O princípio da proporcionalidade e seus componentes

O princípio da proporcionalidade é acolhido por Benedict Kingsbury e Stephan Schill (repise-se, dois dos divulgadores do Direito Administrativo Global) em sua formulação tripartite originária do Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 24).

Kingsbury e Schill o subdividem, pois, nos princípios (igualmente nominados, *ad exemplum*, de subprincípios, subelementos, testes ou subcritérios) (BONAVIDES, 1994, p. 280; DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 215; HECK, 2006, p. 100; KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 29):

(1) da adequação (nominado, por Kingsbury e Schill, de *principle of suitability*, isto é, princípio da adequação, a que se reportam Kingsbury, Krisch e Stewart, de forma ligeira, por *means-end rationality* ou *relación racional entre medios y fines*, é dizer, relação de racionalidade entre meios e fins) (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012a, p. 27; KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012b, p. 40; KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 29);

(2) da necessidade (chamado, por Kingsbury e Schill, de *principle of necessity*, ou seja, princípio da necessidade, ao qual se referem Kingsbury, Krisch e Stewart, de maneira breve, por *avoidance of unnecessarily restrictive means*, a significar, em vernáculo, a evitação de meios restritivos desnecessários) (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012b, p. 40; KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 29);

(3) e da proporcionalidade *stricto sensu* (*principle of proportionality strict sensu*) (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012b, p. 40; KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 29).

Apesar de Kingsbury e Schill não o afirmarem, a aplicação dos subcritérios do princípio da proporcionalidade deve obedecer a esta sequência: (1) de logo, procede-se ao exame da adequação, (2) depois, passa-se ao teste da *necessidade* e, por último, (3) invoca-se a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Posto de outra forma: nem sempre todos os subprincípios terão de ser usados. Uma medida inadequada dispensa a apreciação da sua necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida adequada, contudo desnecessária, torna despicienda a aferição da proporcionalidade em sentido estrito (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 34-35).

Em que pesem os elementos do princípio da proporcionalidade nem sempre serem enunciados nessa específica ordem de apresentação, por estudos doutrinários de vulto (MIRANDA, 2000, p. 207; GUERRA FILHO, 1995, p. 59) e por influentes precedentes

jurisdicionais¹⁰ (COSTA RICA, 2012), é importante obedecer a essa sequência de aplicação (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 34-35), com o propósito de que a ação administrativa desenvolvida por instituições internacionais, transnacionais e domésticas (formais e informais, públicas, privadas e híbridas) integrantes do espaço administrativo global se acautelem contra o acobertamento, sob o manto de pretensa proporcionalidade, de atos cujo emprego, em realidade, deturpa o princípio da proporcionalidade, de maneira que seja evitada ou coibida, por exemplo, medida reputada necessária, porém flagrantemente inadequada (o que, por si só, já deveria obstar a sua materialização).

Como exemplo, destaca-se a construção de edificações defensivas, pelo Estado de Israel, em Jerusalém Oriental e na Cisjordânia, *inadequada*, perante o Direito Internacional, por se tratar de Territórios Palestinos Ocupados, aspecto que, no famoso caso *Beit Surik* — HCJ 2056, de 30 de junho de 2004 (*Beit Surik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*) —, deveria, *per se*, haver conduzido a Suprema Corte de Israel¹¹ a declarar aquelas construções contrárias ao princípio da proporcionalidade, ainda que o juízo de adequação de tais barreiras defensivas, realizado pelo Comando das Forças de Defesa de Israel na Judeia e Samaria, tenha se norteado por critérios militares cuja juridicidade aquela Corte Suprema se escusou de avaliar (FROTA, 2009, p. 209-215; ISRAEL, 2012).

4.1 Proporcionalidade e razoabilidade

No presente artigo jurídico, tomou-se por desnecessária a menção ao princípio da razoabilidade e suficiente a referência ao princípio da proporcionalidade.

Em obra dedicada ao princípio tridimensional da proporcionalidade na Teoria Geral do Direito Administrativo, este autor esposara o entendimento, influenciado pelo magistério de Virgílio AFONSO DA SILVA (2002, p. 33), de que o princípio da razoabilidade estaria absorvido pelo subcritério da adequação do princípio da proporcionalidade, em sua formulação tripartite de matriz alemã (FROTA, 2009, p. 23).

No entanto, durante a posterior elaboração de *paper* sobre a contribuição de Rui Barbosa (1849-1923) ao estudo brasileiro do diálogo entre o subcritério da necessidade e o princípio da razoabilidade, percebera que a jurisprudência anglo-saxônica do final do século XIX e do início do século XX já inserira, no âmbito do princípio da razoabilidade, o conteúdo correspondente ao teste alemão da necessidade (FROTA, 2011, p. 862), porquanto, no tomo I do volume XL

¹⁰ É abraçada, neste artigo jurídico, a classificação das funções estatais em jurisdicionais, normativas e administrativas (GRAU, 2011, p. 233).

¹¹ No exterior, também conhecida por sua denominação oficial, em inglês, *The Supreme Court*, ou, em hebraico romanizado, *Beit HáMishpat HaElyon*, correspondente a ביתהמשפט העליון (WIKIPEDIA, 2012c).

(correspondente ao ano de 1913) das *Obras Completas de Rui Barbosa* (2012, p. 277-278, 283), consta o trabalho forense (memoriais) intitulado *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*, sobejamente lastreado na jurisprudência anglo-saxônica do final do século XIX e início do século XX, em que Rui Barbosa (§§ 280 e 285) invoca, sob a rubrica da razoabilidade, traço característico ao subcritério da necessidade de raiz alemã, isto é, a vedação ao exercício de direito alheio além do indispensável à adequada proteção do interesse do titular do direito defendido.

Por esse motivo, este autor ora reconsidera seu posicionamento inicial e, doravante, compartilha do ponto de vista de que há sinonímia entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, isto é, nas palavras de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “*razoabilidade e proporcionalidade* são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis” (BARROSO; BARCELLOS, 2005, p. 302, grifo dos autores).

4.2 O teste da adequação

No teste da *adequação*, KINGSBURY e SCHILL (2012, p. 29), no campo da principiologia do Direito Administrativo Global, matizam traços reproduzidos do Direito alemão, no tocante à formulação germânica do subcritério da adequação, com a construção pretoriana do subcritério da finalidade legítima, haurida da interpretação, pela jurisprudência iterativa (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 35) do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos — TEDH¹², da Convenção Europeia dos Direitos Humanos — CEDH, de 4 de novembro de 1950¹³.

De tal combinação desagua-se no subcritério ampliado da adequação para uma legítima finalidade governamental — a que se reportam Kingsbury e Schill, por meio da expressão *suitability for a legitimate government purpose* (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 29) —, ou seja, finalidade legítima (extraída da jurisprudência do TEDH) mais adequação *stricto sensu* (colhida do Direito alemão).

4.2.1 A finalidade legítima

Desse modo, na conjuntura dessa abordagem híbrida (por intermédio da qual Kingsbury e Schill delineiam o subcritério da adequação com tonalidades mistas, a espelharem a feição do princípio da proporcionalidade emulada ora da jurisprudência alemã, ora da jurisprudência da Corte de Estrasburgo), averigua-se, primeiro, se

¹² Mais conhecida, no exterior, como *Cour européenne des droits de l'homme* — CEDH (WIKIPÉDIA, 2012b), em língua francesa, ou *European Court of Human Rights* — ECtHR (WIKIPÉDIA, 2012b), em língua inglesa. Também nominada de *Corte de Estrasburgo* (WIKIPÉDIA, 2012b), em alusão à cidade francesa em que se encontra sediada.

¹³ Igualmente denominada, de forma oficial, em língua portuguesa, de Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CONSELHO DA EUROPA, 2012), mais conhecida, no estrangeiro, como *Convention européenne des droits de l'homme* — CEDH (WIKIPÉDIA, 2012a), em francês, ou *European Convention of Human Rights* — ECHR, em inglês (WIKIPÉDIA, 2012a)

determinada medida (já adotada ou a ser materializada por determinado órgão ou entidade) se reveste de finalidade legítima (repercussão, nesse ponto, da jurisprudência do TEDH).

Em outros dizeres, questiona-se, nas palavras de Julian Rivers, se “o ato (decisão, regra, política, etc.) sob revisão persegue uma *finalidade geral legítima*, no contexto do direito em questão” (RIVERS, p. 181, 2012, grifo e tradução livre nossos).

A visão doutrinária da finalidade legítima como integrante do princípio da proporcionalidade inspira-se, por vezes (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 35), nas hipóteses de *finalidades legítimas abraçadas pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos* na conjuntura da intervenção estatal (a) na liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 9º, n. 2, da CEDH)¹⁴, (b) na liberdade de expressão (art. 10, n. 2, da CEDH) e (c) na liberdade de reunião e de associação (art. 11, n. 2, da CEDH)¹⁵.

Nessa tessitura, toma-se por parâmetro de finalidade legítima o rol de fins discriminados pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a justificarem determinada intervenção estatal que se evidencie necessária, no contexto de uma sociedade democrática, no tocante à restrição, no caso concreto, do exercício (1) da liberdade de pensamento, consciência e de religião (quando se trata de limitação estatal relacionada à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e da moral públicas, bem como à proteção da ordem e liberdades de outrem — paráfrase do art. 9º, n. 2, da CEDH), (2) da liberdade de expressão (no caso de interveniência estatal voltada à segurança nacional, à integridade territorial ou à segurança pública, à defesa da ordem e à prevenção do crime, à proteção da saúde ou da moral, à proteção da honra ou dos direitos de outrem — paráfrase do art. 10, n. 2, da CEDH) e (3) da liberdade de reunião e de associação (na hipótese de restrição estatal de direito humano ou liberdade fundamental direcionada à salvaguarda da segurança nacional, da segurança pública, da defesa da ordem e da prevenção do crime, assim como da proteção da saúde ou da moral, ou, ainda, da proteção dos direitos e das liberdades de terceiros — paráfrase do art. 11, n. 2, da CEDH).

4.2.2 A adequação *stricto sensu*

Uma vez atestada a sua *finalidade legítima* — constructo jurídico citado, *ad latere*, pelo trabalho conjunto de KINGSBURY, KRISCH e STEWART (2012a, p. 40) —, afere-se, de acordo com o *paper* de KINGSBURY e SCHILL (2012, p. 29), se a medida em apreço

¹⁴ Inspirando-se na cuidadosa tradução brasileira, realizada por Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 9), da obra *Teoria dos Direitos Fundamentais (Theorie der Grundrechte)*, de Robert Alexy, neste artigo jurídico, na medida do possível, adaptaram-se à técnica legislativa e à praxe jurídica brasileiras as referências aos dispositivos normativos estrangeiros e internacionais invocados ao longo deste *paper*, com vistas a facilitar a familiarização, pelo leitor brasileiro, de normas dimanadas do exterior.

¹⁵ A finalidade legítima como aspecto inerente ao princípio da proporcionalidade, a par de repercutir na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos (RENUCCI, 2012, p. 37), ressoa no Direito Constitucional Comparado (BUENAL PULIDO, 2007, p. 693, 696, 699, 700; SÁNCHEZ GIL, 2012, p. 41-42).

revela-se *adequada* ou não ao *alcance* desse fim legítimo.

Nota-se, pois, que o subteste da *adequação*, tal qual concebido por Kingsbury e Schill, abarca, na condição de *primeira etapa*, a aferição da *finalidade legítima* e, em seguida, da *adequação* em sentido estrito (a adequação propriamente dita).

O pensamento de Kingsbury e Schill a respeito do subcritério da *adequação*, nesse segundo aspecto (em que se analisa a presença da *adequação* propriamente dita, após confirmada a presença da *finalidade legítima*, esta colhida, reprise-se, da jurisprudência da Corte de Estrasburgo), regurgita a influência da concepção germânica¹⁶ de *adequação*, que, em realidade, não se adstringe às hipóteses em que se preconiza o *alcance* de determinado fim, já que, conforme recorda Virgílio Afonso da Silva, tem-se no Direito alemão como *adequado* “não [...] somente o meio com cuja utilização um objetivo é *alcançado* [como aventam Kingsbury e Schill], mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é *fomentada*, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado” (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 36, grifo nosso)¹⁷.

Sintomático, portanto, que no Direito têutone invoque-se o subcritério da *adequação*, por meio quer do substantivo *Geeignetheit*¹⁸ — vertido, pela doutrina de língua portuguesa, como adequação (SCHOLLER, 1999, p. 98), pertinência (BONAVIDES, 1994, p. 279), aptidão (BONAVIDES, 1994, p. 279), idoneidade (HECK, 2006, p. 100), conformidade (CANOTILHO, 2003, p. 269) e congruência (BRAGA, 2008, p. 111), entre outros sinônimos —, quer do verbo *fördern*, com o sentido de *promover* ou *fomentar* (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 36).

Nessa vereda, Markus González Beifuss, ao se debruçar sobre a disseminação da concepção alemã do princípio da proporcionalidade na jurisprudência constitucional espanhola, com ênfase a partir da segunda metade da década de 1990 (BEIFUSS, 2003, p. 53), salienta que, sob o enfoque do juízo da adequação, não se exige que a medida alvo de controle constitua o instrumento ótimo para o alcance de determinado fim, porquanto, para que o ato objeto de controle seja adequado, basta que contribua para “a consecução da finalidade perseguida” (BEIFUSS, 2003, p. 71, tradução livre nossa).

Nessa ordem de ideias, reflexiona Humberto Ávila que, sob o olhar do exame da adequação, impõe-se aos Poderes Executivo e Legislativo a escolha, não da medida mais intensa ou mais segura nem da melhor medida, e sim de uma medida que, mesmo não sendo a mais intensa, a mais segura ou a melhor, consista em um meio a promover, minimamente, o fim almejado (ÁVILA, 2005, p. 118), tendo em conta (1)

¹⁶ No tocante aos elementos do princípio da proporcionalidade, de acordo com a perspectiva tridimensional, à luz da jurisprudência teutônica, cf. FROTA (2009, p. 2-6).

¹⁷ Em idêntico sentido: Braga (2008, p. 111); Dimoulis; Martins (2007, p. 207).

¹⁸ Sobre as diversas denominações atribuídas ao princípio da proporcionalidade e aos seus elementos, cf. Bonavides (2006, p. 402-407); Guerra Filho (2005, p. 258-264).

nem sempre ser possível ou plausível “saber qual, dentre todos os meios igualmente adequados, é o mais intenso, melhor e mais seguro na realização do fim” (ÁVILA, 2005, p. 117), (2) a relevância de preservar “um mínimo de liberdade de escolha [...] inerente ao sistema de divisão de funções” (ÁVILA, 2005, p. 118, grifo nosso) e que (3) a “imediata exclusão de um meio que não é o *mais intenso*, o *melhor* e o *mais seguro* para atingir o fim impede a consideração a outros argumentos que podem justificar a escolha” (ÁVILA, 2005, p. 118, grifo do autor).

4.3 O teste da necessidade

Já no teste da necessidade, à luz da óptica de Kingsbury e Schill, indaga-se, de pronto, se seria possível aviar medida menos restritiva ou menos onerosa aos direitos ou interesses por ela atingidos, de forma — infere-se — efetiva ou potencial, e, em caso afirmativo, verifica-se se a medida alternativa seria tão eficaz quanto e razoavelmente exequível (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 29).

Ilustrativo o fato de que, para se reportar a esse subelemento, emprega-se, no Direito germânico, o substantivo *necessidade*, isto é, *Notwendigkeit* (SCHOLLER, 1999, p. 98) ou *Erforderlichkeit* (BONAVIDES, 1994, p. 279) — esta segunda palavra alemã é também traduzida, pela dogmática lusófona, como *exigibilidade* (BRAGA, 2008, p. 110; CANOTILHO, 2003, p. 270) e congruência (BRAGA, 2008, p. 111) —, assim como as locuções, entre outras, *princípio da escolha do meio mais suave*, ou seja, *das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels* (PHILIPPE, 1990, p. 44, *apud* BONAVIDES, 1994, p. 279), e *mandamento de uso do meio mais brando*, é dizer, *Gebot des mildesten Mittels* (GRAU, 1995, p. 96).

Com íntima proximidade (TERRADILLOS ORMAETXEA, 2004, p. 24) no Direito Penal com o princípio da intervenção mínima (GOMES, 2003, p. 85), o subprincípio da necessidade plasma barreira contra o desvirtuamento do princípio da proporcionalidade: ao prescrever a mínima intervenção estatal na esfera jurídica do sujeito passivo da ação das instituições internacionais, transnacionais e domésticas (formais e informais, públicas, privadas e híbridas) integrantes do espaço administrativo global, *evita* (ou ao menos *reduz* o risco de que) o princípio da proporcionalidade se converta, indevidamente, “em meio para justificar fortes ingerências estatais nas normas jusfundamentais, o que lhe faria perder boa parte do seu sentido”, resplende Juan CIANCIARDO (2004, p. 83, tradução livre nossa).

O ensinamento daquele Professor Titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Austral (*Universidad Austral*) adquire relevo nas circunstâncias em que o ente pertencente ao espaço administrativo global (órgão ou entidade de caráter internacional, transnacional ou doméstico, formal ou informal, público, privado ou híbrido) exerce a sua potestade investigativa, disciplinar ou sancionadora, descobre os segredos e sigilos da vida privada — *exempli gratia*, os sigilos financeiro, fiscal e

empresarial, bem como dos dados, dos registros e do teor das comunicações, além de outros segredos congêneres ínsitos às intimidades familiar e psíquica (FROTA, 2009, p. 216-267; FROTA, 2012a, p. 459-495) — e se vale de medidas cautelares que tolhem a liberdade de ir e vir, a liberdade de expressão, a liberdade de informação jornalística e a liberdade profissional (FROTA, 2012b, p. 477-523) ou que cerceiam a percepção de verbas de caráter alimentar, casos em que o subcritério da necessidade configura a garantia dos destinatários das medidas interventivas de que elas serão calibradas ou revisadas, para que sejam as menos intrusivas possíveis.

O descaso com a aplicação do subprincípio da necessidade pode resultar na prática de excesso de poder¹⁹, ocultado, à primeira vista, por um aparente e plausível discurso jurídico de proporcionalidade, nos episódios em que, apesar da medida de intervenção parecer um ato à altura da sua elevada finalidade legítima, fora arquitetada mediante desconsideração seja do seu impacto financeiro-orçamentário sobre a fonte de custeio da instituição internacional, transnacional ou doméstica do espaço administrativo global, em dissonância com o princípio da economicidade (FROTA, 2009, p. 148-150), seja da eventual repercussão deletéria quer na sociedade internacional e/ou na sociedade de âmbito nacional, regional ou local²⁰, bem como na humanidade em geral (na tessitura do Direito Público Global), em desarmonia com o princípio da supremacia do interesse público, quer na integridade física, moral, psíquica ou patrimonial do sujeito passivo direto e imediato dessa ação, assim como o potencial *efeito inibitório* — conhecido como *chilling effect* ou *effet inhibant*²¹, no âmbito jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (FROTA, 2012b, p. 498) — sobre o exercício de direitos fundamentais (máxime das liberdades públicas), direitos da personalidade e direitos humanos em geral, em menoscabo do princípio da dignidade da pessoa humana²².

O grau de restrição da eficácia dos direitos fundamentais, dos direitos da personalidade²³ e dos direitos humanos em geral é inversamente proporcional ao grau de restrição do alcance da medida de intervenção: a menor limitação possível aos direitos afetados acompanha a maior limitação possível da medida interventiva.

¹⁹ O *abuso de poder* se biparte no *excesso de poder* e no *desvio de poder*: enquanto que, no *excesso de poder*, o agente extrapola os poderes previstos na *regra de competência*, no *desvio de poder*, embora proceda “nos limites de sua competência”, age com finalidade *diversa* da prevista na *regra de competência* (GARCIA, 2008, p. 306).

²⁰ Tenha-se em mente, nesse aspecto, a constatação de que “[...] geralmente os efeitos das medidas da administração interventiva (*Eingriffsverwaltung*) não se limitam a atingir apenas a pessoa ou grupo de pessoas a que se destinam” (SCHOLLER, 1999, p. 104).

²¹ Acerca da doutrina do efeito inibitório, cf. BAILONE (2010, p. 531-532).

²² Sobre o diálogo entre o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o princípio da intervenção mínima, cf. FROTA (2009, p. 151-152).

²³ No tocante ao diálogo entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, cf. JABUR (2000, p. 81).

Com efeito, transplantando-se para o espaço administrativo global a ensinança constitucional de José Joaquim Gomes Canotilho, preconiza-se que a *medida* do ente regulador internacional, transnacional ou doméstico a intervir em determinados direitos fundamentais, direitos humanos e/ou direitos da personalidade (cuja eficácia deverá ser mitigada, de forma pontual, em determinado caso concreto) sofra a maior limitação possível no âmbito do tempo e do espaço (exigibilidade *temporal* e *espacial*: máxima restrição possível, no tocante ao período e ao campo de incidência espacial da medida interventiva), no aspecto pessoal (exigibilidade *pessoal*: incumbe à medida interventiva se adstringir à pessoa ou ao conjunto de pessoas cujos interesses devem, de fato, ser mitigados) e sob o ponto de vista do meio (exigibilidade *material*: cabe ao meio ser “o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais”) (CANOTILHO, 2003, p. 270).

4.3.1 O juízo da eficácia

Encastoa-se no subcritério da necessidade expressão do juízo de eficácia, a perquirir, nessa seara, a existência de meios alternativos mais brandos embutidos, contudo, de eficácia igual ou similar, é dizer, com a aptidão idêntica ou semelhante para alcançar ou fomentar a mesma finalidade legítima, calçado em lista de alternativas, elaborada consoante as necessidades e possibilidades de cada situação — inclusive quanto ao prazo, meios probatórios e os recursos técnicos, logísticos, financeiros, materiais e humanos disponíveis à época em que tomada a decisão e feita a sua revisão, em instância judicial ou extrajudicial (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 248) —, que pode demandar desde apenas “uma simples reflexão de senso comum”, explicam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, até elucubrações mais complexas, ancoradas nas “experiências jurídicas do passado, soluções adotadas em outros países, assim como pesquisas empíricas e materiais colhidas do debate entre especialistas sobre a questão (justas ou não) para que seja possível a realização da comparação” (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 219).

Em que pese KINGSBURY e SCHILL (2012, p. 29) postularem, na seara do subprincípio da necessidade, a procura por uma medida alternativa igualmente eficaz — entendimento doutrinário também perfilhado por Gilmar Ferreira MENDES (1994, p. 475), Liora LAZARUS (2012, p. 741) e Markus González BEILFUSS (2003, p. 129) —, pode se revelar prescindível, conforme as peculiaridades de cada panorama fático ou jurídico levado em conta, uma eficácia absolutamente idêntica, contanto que, ao menos, seja ela muito próxima, tendo-se em vista a preleção de Cianciardo, a advertir que o juízo de eficácia (o constitucionalista argentino, nesse contexto, adota sinonímia entre eficácia e eficiência), como parte ínsita ao subcritério da necessidade, “não pode se realizar tomando-se qualquer meio como alternativo, mas somente aquele que propicie uma eficácia similar ao [meio] empregado pelo legislador na consecução do fim” (CIANCIARDO, 2004, p. 91, palavra em colchetes e tradução livre nossas) —

opinião coincidente, nesse ponto, com a de DIMOULIS e MARTINS (2007, p. 215, grifo nosso).

A rigidez de se excluir, por antecipação, no contexto da dimensão da necessidade, meio alternativo mais benigno, ainda que desprovido de idêntica adequação, desnatura o papel do subprincípio da necessidade de frear, resplandece Gloria Patricia Lopera Mesa, “a tendência dos poderes públicos de empregarem ‘os meios máximos’ para alcançar seus fins” (LOPERA MESA, 2006, p. 439, tradução livre nossa), e traz consigo o risco de esvaziamento do subelemento da necessidade e sua substituição “pelo critério da maior eficácia”, alerta Luciano FELDENS (2005, p. 164), ambos (Lopera Mesa e Feldens) embasados no magistério de Nicolás González-Cuellar SERRANO (1990, p. 197).

Na conjuntura do subcritério da necessidade, em que se busca uma medida dotada de adequação igual ou semelhante, revestida, todavia, de menor potencial ofensivo aos direitos, interesses, bens e pessoas preteridos, averigua-se, por conseguinte, se há medida de eficácia idêntica ou semelhante, porém menos deletéria à esfera jurídica sacrificada²⁴.

Enquanto na dimensão da adequação parte-se da premissa de que uma medida adequada é uma medida, inclusive, eficaz para atingir ou fomentar dada finalidade legítima, na dimensão da necessidade a busca por uma medida adequada e, ao mesmo tempo, menos intensa significa, também, a procura por uma medida, inclusive, eficaz, mas ao mesmo tempo menos interventiva.

Nessa tessitura, na qual a eficácia, desenhada pela moldura do subcritério da adequação, pode exprimir, a depender de cada circunstância, o intento de que *seatinga* (concretize) certa finalidade legítima ou o propósito mais modesto de que esse fim legítimo seja *fomentado* — não se esperando, nessa segunda hipótese, sua concreção plena (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 36) pelo ato cogitado, e sim uma contribuição desse provimento ao paulatino avanço em direção ao alcance de uma finalidade legítima —, abraça-se o conceito de eficácia com maior amplitude que aquele esposado pela legislação da União Europeia (UE), segundo a qual o “princípio da eficácia visa à consecução dos objetivos fixados e à obtenção dos resultados esperados” (UNIÃO EUROPEIA, 2012, p. 24), ao passo que o “princípio da eficiência visa à melhor relação entre os meios utilizados e os resultados obtidos” (UNIÃO EUROPEIA, 2012, p. 24), na exata dicção do art. 30, n. 2, do Regulamento (UE, EURATOM) n. 966/2012, do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, a regulamentar as “disposições

²⁴ Em trabalho pretérito deste autor, não se deu a devida atenção à possibilidade de acolher, na dimensão da necessidade, reflexão em torno da existência de medida alternativa de eficácia similar (não idêntica) e, por outro lado, mais benfazeja aos direitos, aos valores, às pessoas, aos bens e aos interesses afetados (FROTA, 2009, p. 146). Nesta oportunidade, procura-se, tanto quanto possível, colmatar essa deficiência.

financeiras aplicáveis ao orçamento geral” da UE²⁵ (UNIÃO EUROPEIA, 2012, p. 1)²⁶.

Na acepção mais dilatada de eficácia adotada no contexto do princípio da proporcionalidade (maior largueza comparada, repisa-se, *com a definição mais estreita de eficácia* a defluir, consoante atrás transcrito, do Direito Legislado da União Europeia), anela-se não só à *concretização* (aspecto mais conhecido da dimensão da adequação, abraçado pela referida norma do Direito Legislado da UE) como também ao *fomento* da finalidade legítima estabelecida e à alvorada dos *resultados* pretendidos (dimensão da adequação em sua vertente menos conhecida e divulgada), com a menor interveniência possível na gama de direitos, bens, interesses e pessoas atingida (a mais conhecida faceta da dimensão da necessidade).

4.3.2 O juízo da economicidade

Conforme se antecipou no início da explanação acerca do teste da necessidade, no âmbito do subcritério em questão perscruta-se meio alternativo, de igual ou semelhante adequação (inclusive eficácia), a mitigar *menos* os *direitos humanos* (inclusive direitos fundamentais e/ou direitos da personalidade) relativizados no caso concreto, preservando-se, ao mesmo tempo, a *economicidade* de recursos logísticos, humanos, materiais, técnicos e financeiros.

A dimensão da necessidade encerra, assim, uma via de mão dupla: volta-se a prevenir mitigações desnecessárias à esfera jurídica de pessoas e da sociedade ou humanidade em geral, bem como a precaver exorbitâncias no dispêndio de recursos direcionados à consecução de dada finalidade legítima (FROTA, 2009, p. 171).

Nessa ordem de ideias, revela-se aceitável o aumento módico de dispêndio de recursos, desde que, seguindo-se a lição de Heinrich Scholler, seja fomentado “outro estado que seja menos oneroso para o particular e que possa ser alcançado pelo poder público com o mesmo esforço ou, pelo menos, sem um esforço significativamente maior” (SCHOLLER, 1999, p. 98).

4.4 O teste da proporcionalidade em sentido estrito

Por derradeiro, aos olhos de Kingsbury e Schill, no teste da proporcionalidade em sentido estrito — locução referida, por vezes, no Direito alemão pela expressão correspondente, intitulada *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* (BRAGA, 2008, p. 11), o igualmente denominado “mandamento de ponderação ou sopesamento (*Abwägungsgebot*)” (GUERRA FILHO, 2003, p. 282) —, estabelece-se em relação à

²⁵ Citação do preâmbulo daquele ato normativo.

²⁶ Citação da tradução oficial da legislação da UE para o português europeu adaptada por nós ao português brasileiro.

medida em exame o sopesamento (ou a ponderação)²⁷, com esteio no cotejo entre os seus possíveis efeitos (sobre os respectivos direitos ou interesses) e a relevância da sua finalidade legítima, levando-se em conta todos os fatores atinentes àquela conjuntura fático-jurídica²⁸, inclusive, por exemplo:

(1) A relação custo-benefício (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 29). Os efeitos da medida interventiva “podem vir a ser de tal forma significativos, ou mesmo virem a alcançar um tão expressivo círculo de pessoas”, assere Heinrich Scholler, “que acabam por representar uma restrição maior ao interesse coletivo do que a ameaça que originalmente se pretendia afastar” (SCHOLLER, 1999, p. 104).

(2) Se a medida é excessiva ou não, à vista do desiderato perseguido (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 29). Aspira-se a uma razoável proporção²⁹ — predica Javier Barnes Vázquez — “em relação ao valor político e social que a finalidade perseguida encerra, cuja valoração, desde logo, gozam os poderes públicos de uma ampla margem de apreciação” (BARNES VÁZQUEZ, 2012, p. 500).

(3) Se foi atribuído peso relativo, e não absoluto, a cada princípio em tensão (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 30). Os princípios, ao contrário das regras, não são mutuamente excludentes³⁰. Devem coexistir (GUERRA FILHO, 2003, p. 272) na situação

²⁷ Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 44) divisa no subcritério da proporcionalidade em sentido estrito mandamento de ponderação ou sopesamento a atuar como técnica de resolução de contendas entre direitos fundamentais.

²⁸ Apesar de Kingsbury e Schill recomendarem sejam apreciados todos os fatores que envolvem a circunstância em que fora aplicado o princípio da proporcionalidade, convém se acautelar contra o excesso no juízo de prognose póstuma. Conforme resplendido em passagem anterior deste trabalho, a experiência da vida em sociedade demonstra que nem sempre é possível a quem toma e a quem revisa a decisão impugnada levar em conta todos os aspectos do *thema decidendum*. “A medida será adequada se o administrador avaliou e projetou bem a promoção do fim no momento da adoção da medida”, consigna Humberto ÁVILA (2005, p. 119), o qual elucida: “Se a avaliação do administrador revelou-se equivocada em momento posterior, e com informações somente disponíveis mais tarde, é impertinente” (2005, p. 119, grifo nosso). Importa que a Administração Pública, à época em que tomada a decisão, tenha avaliado a circunstância com a qual se deparou “de forma correta e zelosa”, defende Heinrich SCHOLLER (1999, p. 104).

²⁹ Conquanto, conforme ventilado alhures, pareça a este autor despiciendo apelar à razoabilidade, quando já se invoca a proporcionalidade, registrou-se acima a expressão *razoável proporção* em respeito ao pensamento de Javier Barnes Vázquez, ao se referir a uma “ação estatal [...] também razoavelmente proporcionada” (*acción estatal [...] también razonablemente proporcionada*) (BARNES VÁZQUEZ, 2012, p. 500, tradução livre nossa).

³⁰ Acolhe-se a premissa de que os direitos fundamentais, no plano do Direito Constitucional, e os direitos humanos, na esfera do Direito Internacional, consistem em princípios e, como tais, não se invalidam (diversamente das regras, cujas antinomias são resolvidas mediante o emprego dos critérios cronológico, da especialidade e hierárquico, além de eventuais outros critérios que tragam em seu bojo outras cláusulas de exceção): os direitos fundamentais e os direitos humanos colidentes preservam sua validade, e suas colisões são resolvidas mediante a ponderação, dando-se primazia ao princípio que apresenta, no caso concreto, maior densidade, sem esvaziar o direito fundamental que revela, na circunstância concreta, menor calibre. Nesse passo, recorda-se que, por intermédio do princípio da concordância prática ou da harmonização (elaborado por Konrad Hesse), coordena-se, de forma proporcional, “direitos fundamentais e bens jurídicos que limitam direitos fundamentais”, com o fito de que o direito fundamental e o bem jurídico limitador daquele atinjam, na circunstância concreta, a

in concreto, por meio de concessões recíprocas. As maiores concessões advirão do princípio de menor densidade no caso concreto. Anela-se por “uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito”, pontifica Willis Santiago Guerra Filho, “procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, [jamais] ferindo-lhe(s) seu ‘núcleo essencial’, onde se acha insculpida a dignidade humana” (GUERRA FILHO, 2003, p. 269).

(4) A importância, na tessitura fático-jurídica apreciada, quer dos direitos ou interesses priorizados, quer dos direitos ou interesses postos em segundo plano (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 30). À luz da *lei da ponderação* de Robert Alexy, quanto mais alto o grau do não cumprimento ou do prejuízo acarretado a um princípio (inclusive a um direito fundamental), maior deve ser a relevância do cumprimento do outro princípio (ALEXY, 2007, p. 111); quanto maior a intensidade da intervenção em determinado direito fundamental, maior deve ser o peso dos fundamentos a justificarem a medida interventiva (ALEXY, 2007, p. 68).

(5) Se a interferência trazida pela medida em testilha foi de maior ou menor grau, de caráter permanente ou temporário, no tocante aos direitos ou interesses que apresentaram, no caso concreto, menor densidade (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 30). Norberto Javier de la Mata Barranco, ao se debruçar sobre o princípio da proporcionalidade no Direito Penal, reflexiona que, sob o prisma ontológico, nada é proporcional ou desproporcional por si só. O juízo de proporcionalidade incide sobre um contexto definido por elementos temporais, espaciais, relacionais e teleológicos, a repercutirem políticas públicas (no panorama analisado pelo penalista e criminologista basco, a política criminal) (MATA BARRANCO, 2012).

(6) Se existiriam políticas alternativas cuja implementação otimizaria ou não os direitos ou interesses contrapostos (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 30).

(7) Se haveria medidas alternativas imbuídas de menor eficácia, porém menos intrusivas em relação aos direitos ou interesses mitigados (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 30). Caso haja “bens jurídicos coletivos e até mesmo particulares de maior relevância a serem preservados” (SCHOLLER, 1999, p. 104), incumbe à Administração “abster-se de intervir ou contentar-se com um resultado *mais modesto*, notadamente” (SCHOLLER, 1999, p. 104, grifo nosso) — acentua — “quando a medida a ser tomada presumivelmente poderá vir a acarretar o sacrifício ou uma grave restrição ao bem jurídico individual ou à existência do particular” (SCHOLLER, 1999, p. 104).

(8) E se a medida avaliada foi ou será lançada mão em um ordenamento jurídico em

eficácia ótima, e, destarte, não se prive, por completo, a eficácia de um direito fundamental, nem se tolha a sua eficácia mais do que o indispensável (HECK, 2000, p. 77). Nesse sentido, cf. HECK (2006, p. 100); HESSE (1998, p. 66).

que são reconhecidos e protegidos todos os direitos ou interesses em colisão (KINGSBURY; SCHILL, 2012, p. 30).

Tendo em vista, de um lado, a linha de pensamento de Kingsbury e Schill, comungada por Aharon BARAK (2012, p. 252-356) e Denilson Feitoza PACHECO (2007, p. 284), de que, no campo do subcritério da proporcionalidade em sentido estrito, cabe o cotejo entre o ato originalmente escolhido e o ato alternativo a oferecer menor eficácia, compensada pela expressiva *atenuação dos efeitos deletérios* da medida interventiva, e considerando, em outro polo doutrinal, a corrente abraçada por Dimitri Dimoulis e Leonardo MARTINS (2007, p. 215)³¹, bem como por Juan CIANCIARDO (2004, p. 91), atrás mencionados, segundo a qual, no âmbito do subcritério da necessidade, pode-se firmar o contraste entre o ato cogitado ou executado e o provimento alternativo revestido de *igual* ou *similar* eficácia, mas de efeitos *mais benignos* ou *menos nocivos*, infere-se que, na seara da dimensão da necessidade, leva-se em conta a existência de meios alternativos de *eficácia idêntica ou semelhante*, ao passo que, na *dimensão da proporcionalidade em sentido estrito*, pondera-se a relação *custo-benefício* entre manter ou implementar ato com o potencial de suscitar a *eficácia almejada* ou *similar*, ou substituí-lo por medida com relevante *redução de eficácia* (e não uma redução módica de eficácia, como se daria na dimensão da necessidade), contrabalanceada por considerável aumento da salvaguarda aos direitos atingidos³².

5 O princípio da racionalidade, o princípio da motivação e os padrões substantivos

Conquanto Kingsbury, Krisch e Stewart, ao exporem, em linhas gerais, o esboço do edifício principiológico do Direito Administrativo Global, não mencionem o princípio da racionalidade na seara dos padrões substantivos (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012a, p. 27; KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012b, p. 40), porque se circunscrevem a relacionar estes com os princípios da expectativa legítima e da proporcionalidade, a proximidade entre os princípios da racionalidade e da motivação, em particular no tocante à motivação material, certifica a afinidade entre o princípio da racionalidade e os padrões substantivos.

5.1 A essência do princípio da racionalidade

O *princípio da racionalidade* — *principle of rationality* (KINGSBURY, 2012, p. 33) — preconiza *decisões racionais* — *reasoned decisions* (KINGSBURY; KRISCH; STEWART,

³¹ Dimoulis e Martins, a despeito de acolherem, nesta sequência, os subcritérios (1) da licitude do propósito perseguido, assim como (2) da licitude do meio utilizado, (3) da adequação do meio utilizado e (4) da necessidade do meio utilizado, repelem o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, ao reputá-lo irracional e inviabilizado pela “impossibilidade jurídica de quantificar e comparar os direitos fundamentais, decidindo qual possui maior peso no caso concreto” (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 199-232)

³² Em trabalho anterior, este autor se encontrava mais inclinado do que na atualidade à linha de pensamento de Barak e Pacheco (FROTA, 2009, p. 184, 186).

2012b, p. 17, p. 39), *decisiones razonadas* (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012a, p. 12-13, p. 22) ou *decisões razoadas* (HEILMANN, 2010, p. 183) —, no sentido de que consubstanciem atos administrativos decisórios em cujo corpo textual restem explicitadas, além da parte dispositiva, as razões de decidir — *reason giving* (KINGSBURY, 2012, p. 47) —, externando-se o posicionamento da autoridade administrativa competente acerca dos principais argumentos das partes e/ou, a depender do contexto, de eventuais manifestações (*exempli gratia*, análises e ponderações) trazidas a lume por terceiros, incluindo-se, no caso do espaço administrativo global, a população planetária em geral (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2012a, p. 26).

5.2 O liame entre os princípios da racionalidade e da motivação

Conforme atrás se afirmou, o conteúdo do princípio da racionalidade ventilado por Kingsbury, Krisch e Stewart na arena do Direito Administrativo Global assemelha-se ao teor do que é chamado no Direito latino-americano e europeu³³ de princípio da motivação, do qual decorre o *dever* (OLIVEIRA; GONÇALVES; AMORIM, 2006, p. 588-598) da autoridade administrativa e a *garantia* (SÁNCHEZ GIL, 2012, p. 69) do administrado de motivação³⁴ ou de fundamentação³⁵ do ato administrativo, de maneira prévia ou contemporânea (MOREIRA, 2007, p. 355) ao advento do ato. Indício eloquente dessa proximidade radica no ensinamento doutrinário, veiculado por Juan Luis de La Vallina Velarde, de que a motivação do ato administrativo deve “exteriorizar o *iter* psicológico que induziu o titular do órgão a emanar o ato, de forma que seja possível conhecer os momentos fundamentais do raciocínio [no original em espanhol, *razonamiento*]” (VALLINA VELARDE, 1967, p. 27, tradução livre e comentários em colchetes nossos).

Ao motivar o ato administrativo, a autoridade administrativa exerce atividade intelectual que lhe incentiva a sopesar, com cautela redobrada, os eventuais valores, interesses, normas e bens jurídicos em tensão dialética. Vallina Velarde encarta, entre as finalidades da motivação do ato administrativo, o imperativo de a Administração

³³ Em artigo jurídico publicado no Brasil, no princípio da década de 1980, o administrativista uruguaio Alberto Ramón Real, ao se abeberar em aportes teóricos sobre a motivação do ato estatal (notadamente do ato administrativo), passa em revista concepções doutrinárias de motivação alinhavadas por juristas de vulto da Argentina (Agustín Gordillo e Rafael Pedro Bielsa), da Espanha (Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande), da França (Jean Waline), da Itália (Renato Alessi) e do Uruguai (Juan Eduardo Couture Etcheverry), revisão bibliográfica a demonstrar, pois, a larga adoção do termo motivação no Direito Público da família jurídica do Direito romano-germânico. Ao final de seu *paper*, conclui Ramón Real que a “necessidade de motivar ou fundamentar, obrigatoriamente, os atos administrativos é um princípio geral do direito administrativo contemporâneo” (RAMÓN REAL, 1982, p. 7-8, 17, tradução livre nossa).

³⁴ Referem-se à motivação do ato administrativo (rol exemplificativo): ARAÚJO (2006, p. 120); FRAGA (2012, p. 321-328).

³⁵ Reportam-se à fundamentação do ato administrativo (elenco ilustrativo): ARAÚJO (2006, p. 120); OLIVEIRA; GONÇALVES; AMORIM (2006, p. 588-598); RAMÓN REAL (1982, p. 5-20).

Pública “meditar suas resoluções”³⁶ (1967, p. 76, grifo do autor), prevenindo, assim, ações administrativas açodadas, profilaxia a assegurar maior probabilidade de que “o ato [administrativo] se ajuste ao disposto no ordenamento jurídico e seja adequado aos fins deste” (VALLINA VELARDE, 1967, p. 76, tradução livre nossa) — orientação extensível, na conjuntura do Direito Administrativo Global, a instituições internacionais e transnacionais, formais e informais, de cunho público e privado.

Em outros dizeres, acentua a Primeira Subseção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de Portugal, em Acórdão de 6 de dezembro de 2006 (parte do Item III), da relatoria do Juiz Conselheiro Freitas Carvalho:

É que o dever de fundamentação se justifica por um lado, pela necessidade de assegurar maior ponderação do órgão ao qual compete decidir e, por outro, pela [necessidade] de dar a conhecer ao administrado os motivos que conduziram à decisão tomada e não a outra qualquer (PORTUGAL, 2012b).

A motivação *a posteriori* cabe apenas para complementar a motivação prévia ou concomitante à edição do ato administrativo, e não para supri-la, a exemplo da prestação de informações, pela autoridade competente, em autos de revisão judicial ou administrativa, que não visa a colmatar a ausência de motivação do ato administrativo — já que motivado de forma contemporânea —, e sim intenciona esclarecer à instância revisora pontos controvertidos das razões explicitadas no ato impugnado. Com essa achega (de que a motivação ulterior não deve ter a finalidade de preencher a lacuna da falta de motivação contemporânea), acolhe-se a preleção de Caio Tácito, ao admitir, “em certos casos, a motivação *a posteriori* como na sustentação de decisões devolvidas a [sic] instância superior, por via de recurso hierárquico, ou, ainda, nas informações administrativas prestadas à autoridade jurisdicional” (TÁCITO, 1997b, p. 100).

5.2.1 A motivação formal

A motivação possui dupla face: formal e material.

Sob o prisma da motivação *formal*³⁷, o princípio da motivação comete à Administração, ao expedir o ato administrativo, o múnus de explicitar em seu corpo (este tomado em sentido amplo, a abranger não apenas o corpo do ato em si, mas também o contido em documentos outros, lançados por órgãos, entidades e agentes diversos, devidamente mencionados e especificados, anexos ao ato administrativo ou

³⁶ Citação adaptada à Reforma Ortográfica brasileira da língua portuguesa de 2009.

³⁷ A dimensão formal da motivação, explana Vladimir da Rocha França, concerne à “exposição, mediante enunciados, das razões de fato e de direito que ensejaram a expedição do ato administrativo” (FRANÇA, 2007, p. 91). “O primeiro [motivação formal] significa que, no registro documental da decisão inerente a um ato de autoridade a ocasionar dano [“molestia”], sejam expressadas claramente as normas jurídicas, razões, motivos e demais justificativas que as ocasionaram, ou seja, que se manifestem à pessoa prejudicada a ‘causa legal’ da decisão da autoridade” (SÁNCHEZ GIL, 2012, p. 67-68, tradução livre e palavras em colchetes nossas).

constantes de folhas anteriores do mesmo caderno processual³⁸, em formato impresso ou eletrônico), com clareza, de molde didático e elucidativo³⁹, as suas razões fático-jurídicas (FRANÇA, 2007, p. 193) e o percurso procedimental realizado⁴⁰.

A motivação *formal* relaciona-se, tradicionalmente, com a legalidade *extrínseca* — atinente, assere Caio Tácito (1997c, p. 1.112), à “capacidade do agente, legalidade do objeto e observância da forma essencial” — e com o devido processo legal em sua dimensão *formal* — a qual diz respeito ao cumprimento, tomando-se por empréstimo a dicção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, de “*compulsórias formalidades*”, é dizer, “*estritas exigências formais* de obediência a rigorosos sequenciamentos dos atos”⁴¹ (MOREIRA NETO, 2005, p. 91, grifo do autor).

A deferência à motivação *formal* deve resultar em grau de transparência que permita, no campo do controle (interno e externo), (1) a aferição da juridicidade e da veracidade (inclusive sob o ângulo fático), bem como (2) a compreensão, pelo destinatário do ato e pela sociedade ou humanidade em geral, do *iter* lógico, cognoscitivo e axiológico percorrido⁴² pela autoridade competente, fatores de legitimidade da Administração⁴³. A motivação *formal*, nesse aspecto, ao concorrer para a transparência, dialoga com o devido processo legal em sua vertente *material*, *substancial* ou *substantiva*, ao catalisar, alumia Lúcia Valle Figueiredo, a “aferição da

³⁸ “A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, deles sendo parte integrante” (DI PIETRO, 2008, p. 78).

³⁹ O imperativo de que o ato administrativo, ao ser motivado, pautar-se pela clareza implica a autoridade administrativa proceder de modo inteligível, ao fazer referência a elementos documentais, como embasamento fático e/ou jurídico do respectivo ato. Em outro falar, Thiago Marrara pontua que, “ao referir-se a outros documentos para cumprir seu dever de motivar, a autoridade deve verificar se essa remissão é compreensível e devidamente esclarecedora, complementando-a quando necessário” (MARRARA, 2012b, p. 290).

⁴⁰ A motivação, ensina Fernando Marcelo Mendes, propicia “ao interessado saber de onde o administrador saiu, por onde passou e aonde vai chegar com a prática do ato” e “por que quis chegar até esse ponto” (MENDES, 2004, p. 197).

⁴¹ Citação adaptada à Reforma Ortográfica brasileira da língua portuguesa de 2009.

⁴² Seção de Contencioso Administrativo, Supremo Tribunal Administrativo (STA) de Portugal, Acórdão de 17 de janeiro de 2007 (parte do item II, 6), da relatoria do Juiz Conselheiro Costa Reis: “6. [...] A fundamentação é, assim, como a jurisprudência vem repetindo, um conceito relativo que varia em função do tipo legal de acto administrativo e que visa responder às necessidades de esclarecimento do Administrado, procurando-se através dela informá-lo do itinerário cognoscitivo e valorativo do acto e permitir-lhe conhecer as razões, de facto e de direito, que determinaram a sua prática e porque [*sic*] motivo se decidiu num sentido e não noutro” (PORTUGAL, 2012a, grifo original em negrito retirado, mantida na citação a ortografia original em português europeu).

⁴³ “A fundamentação [do ato administrativo] facilita a interpretação e o controle do ato e defende a boa administração, além de garantir os direitos dos administrados. O império da legalidade e da moralidade administrativas interessa a todo regime político saudável. Portanto, o que é bom para os administrados é para os entes estatais, cujo prestígio e eficiência requerem a convicção popular de sua retidão. É precisamente o juízo da opinião pública que é facilitado pela fundamentação” (RAMÓN REAL, 1982, p. 13, tradução livre nossa).

legalidade ou ilegalidade, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa” (FIGUEIREDO, 2006, p. 53).⁴⁴

5.2.2 A motivação material

Já sob a faceta da motivação *material, substancial ou substantiva*⁴⁵, o princípio da motivação concita a Administração — mormente em circunstâncias complexas⁴⁶ e quando se afetam direitos humanos (inclusive direitos fundamentais e/ou direitos da personalidade) — a esculpir ato administrativo (1) coerente com a veracidade dos fatos narrados e com o acervo probatório ou documental em que se apoia⁴⁷, (2) em plena conformidade com os fundamentos jurídicos invocados⁴⁸ (os fatos, além de verazes, devem ter nexos de pertinência com a moldura jurídica planteada⁴⁹) e (3) em consonância com o ordenamento jurídico em que se insere⁵⁰, máxime porque imbuído

⁴⁴ A título de pausa excursiva, há de se destacar a monografia *La motivación del acto administrativo*, escrita pelo renomado administrativista asturiano Juan Luis La Vallina Velarde (1932-2010), ex-Professor Catedrático de Direito Administrativo da Universidade de Oviedo (*Universidad de Oviedo*). Originalmente publicada na Espanha em 1967, nela já se alertava para a tendência de compartilhamento de potestades (inclusive administrativas) pelos setores público e privado, no bojo da dilatação do espectro da função administrativa, e já se enfatizava a necessidade de que esse alargamento do campo de incidência do múnus administrativo fosse acompanhado da ampliação de instrumentos de defesa dos direitos dos administrados, motivo por que Vallina Velarde apregoa uma perspectiva ampliadora do âmbito do controle da motivação do ato administrativo (VALLINA VELARDE, 1967, p. 78, 83). Trata-se de opúsculo jurídico cuja leitura merece ser reavivada no contexto dos desafios atuais da globalização jurídica.

⁴⁵ “A *motivação material*, de acordo com a jurisprudência [mexicana] citada [pelo próprio autor], refere-se ao fundo do ato de autoridade, a [aferir se] são devidamente aplicados ou não os preceitos que invoca, se as razões que expressa levam, verdadeiramente, às consequências jurídicas, em suma: se o conteúdo do mesmo [do ato em questão] é correto; o que, em uma palavra, constitui a *racionalidade* desse ato. [...] uma medida que intervém nos direitos fundamentais carecerá de ‘motivo’, se reprovada pelos critérios do princípio da proporcionalidade e violará, portanto, a garantia da motivação material” (SÁNCHEZ GIL, 2012, p. 68-69, grifo do autor, tradução livre e palavras em colchetes nossos).

⁴⁶ “A motivação do ato administrativo, conforme a complexidade do caso concreto, não se pode limitar à exposição de seus pressupostos de fato e de direito, devendo igualmente abranger tanto os argumentos que justificam o enquadramento do evento à norma jurídica que o disciplina, como a justificação do conteúdo do ato sob a ótica da razoabilidade e da proporcionalidade” (FRANÇA, 2007, p. 193).

⁴⁷ Consoante a lição de Ramón Real, a *fundamentação* do ato administrativo deve ser *congruente* (“os motivos, normas e razões invocados devem aparecer como *premissas* de que se extraíam *logicamente* a conclusão, que é a *decisão*”, de sorte que, caso haja “*contradição* entre a *fundamentação* e a *decisão*, essa *incongruência* afeta a *validade* do ato”) e, ao mesmo tempo, *exata* (“As *razões de direito* devem *corresponder* aos textos invocados, os fatos devem ser *verdadeiros*.”) (RAMÓN REAL, 1982, p. 15, grifo e tradução livre nossos).

⁴⁸ “A existência jurídica do ato não se resume na propriedade da norma invocada, mas em seu pleno ajustamento à hipótese concreta” (TÁCITO, 1954, p. 27).

⁴⁹ “[...] o ato administrativo será *materialmente* motivado, quando possuir pressuposto fático que tenha autorizado ou obrigado o administrador público a emití-lo e corresponder às outras exigências legais impostas para sua prática” (ARAÚJO, 2006, p. 120, grifo do autor).

⁵⁰ “Na *dimensão substancial* a motivação é um meio que permite a recondução do conteúdo do ato a um parâmetro jurídico que o torne compatível com as demais normas do sistema do direito positivo.

de proporcionalidade (FRANÇA, 2007, p. 193).

A motivação *material* guarda afinidade com a legalidade *intrínseca*, relativa, aduz Caio Tácito, à “existência real dos motivos determinantes do ato e, sobretudo, [a]o respeito à *finalidade* prevista, explícita ou implicitamente na regra de competência do administrador” (TÁCITO, 1997c, p. 1.112, grifo do autor, complementação em colchete nossa).

5.2.3 As motivações *formal* e *material* e o devido processo substantivo

Daí se percebe que o princípio da motivação interage de duas formas com o devido processo *substantivo*:

(1) Em um primeiro instante, no plano da motivação *material*, o devido processo *substantivo* influi na gênese do teor do ato administrativo, com o fito de que se conceba medida administrativa revestida, em seu *teor*, de juridicidade (o que importa, inclusive, ajustar-se à proporcionalidade) e “de um substrato de justiça intrínseca” (COSTA RICA, 2012, tradução livre nossa), conforme assentou a Suprema Corte de Justiça da Costa Rica, nos termos do Voto n. 8858-98, alinhavado pelo Magistrado Vargas Benavides, para quem o princípio da razoabilidade — nesse contexto, a refletir o conteúdo da indicada proporcionalidade tridimensional de matriz alemã — constitui desdobramento do devido processo *substantivo*⁵¹.

(2) Em um segundo momento, após editado e publicado o ato administrativo, o devido processo *substantivo* representa um critério de controle repressivo (interno e externo) do ato administrativo, viabilizado pela motivação *formal*, à proporção que esta modalidade de motivação torna exequível a impugnação da medida administrativa, ao transparecer ao impugnante, notadamente, (a) as razões de fato e de direito do provimento administrativo, bem assim (b) o seu *itinerário procedimental* (como se viu alhures, a motivação *formal* não se adstringe a apenas estas duas funções, acima indicadas nas alíneas a e b, mas nelas repousam aspectos basilares dessa vertente da motivação).

6 Conclusão

Aperfeiçoar o controle da atividade regulatória global significa, entre outros aspectos,

Noutro giro: *confere ao ato um laço de validade com o ordenamento jurídico*” (FRANÇA, 2007, p. 92, grifo do autor).

⁵¹ Suprema Corte de Justiça costa-riquenha, 15 de dezembro de 1998, Voto número 8858-98 (considerandos, parte do item IX, da lavra do Magistrado Vargas Benavides): “IX.- Sobre o princípio constitucional da razoabilidade. O princípio da razoabilidade surge do chamado ‘devido processo substantivo’, é dizer, os atos públicos devem conter um substrato de justiça intrínseca. Quando se trata da restrição a determinados direitos, essa regra impõe o dever de que tal limitação se encontre justificada por uma razão de peso suficiente para legitimar sua contradição com o princípio geral da igualdade. Um ato limitativo de direitos é razoável quando cumpre com uma condição tríplice: deve ser necessário, idôneo e proporcional. [...]” (COSTA RICA, 2012, tradução livre nossa).

a sujeição do espaço administrativo global a *padrões substantivos*, os quais, na percepção de Kingsbury, Krisch e Stewart, relacionam-se tanto ao princípio da expectativa legítima quanto ao princípio da proporcionalidade. O desenvolvimento dos padrões substantivos se conjuga com a implementação de padrões processuais consecutórios relacionados à participação processual, à transparência e ao acesso à informação.

A participação processual consubstancia-se na antecedente participação (*verbi gratia*, manifestação — inclusive, apresentando, se for o caso, peça de defesa e/ou documentação pertinente —, oitiva e/ou inquirição, consoante as peculiaridades de cada circunstância) de (a) pessoas físicas ou naturais, de (b) pessoas jurídicas ou coletivas e de (c) grupos sociais e/ou econômicos passíveis de serem afetados pela futura decisão administrativa. A ela se conjuga a transparência e o acesso à informação concernentes seja ao controle direto (efetuado pela coletividade sem a intermediação de agentes públicos) dos órgãos e das entidades integrantes do espaço administrativo global, seja ao efetivo exercício dos direitos imanentes à participação processual e à revisão (este entendido como o direito do administrado e dos demais legitimados ao reexame do caso concreto por instância revisora independente), por intermédio, *in exemplis*, da publicidade das decisões administrativas e de relevantes documentos relacionados a tais atos decisórios.

A despeito da carência de descrição precisa e razoavelmente consensual (não apenas por Kingsbury, Krisch e Stewart, mas também pela dogmática jurídica em geral, brasileira e estrangeira), mostra-se plausível, sob a óptica jurídica, avistar o princípio da expectativa legítima como norma jurídica que franqueia ao administrado o direito público subjetivo de que a Administração concretize (realizando, *exempli gratia*, uma obrigação de dar ou uma obrigação de fazer) ou compense (*verbi gratia*, ressarcindo na esfera administrativa ou indenizando na via judicial a parte prejudicada) a expectativa legítima suscitada naquele administrado, em decorrência de conduta pretérita da própria Administração, em relação à qual tenha sido plausível presumir, pelo interessado (apoiado em verossímil juízo de prognose e à vista da ausência de erro administrativo crasso ou de interpretação jurídico-administrativa manifestamente desarrazoada), que esse procedimento administrativo encontrava-se dotado de coeficiente mínimo de juridicidade, salvo se, em momento ulterior a essa ação administrativa, exigências inafastáveis, evidenciadas no caso concreto e ditadas pelo princípio da supremacia do interesse público (a exprimir o interesse geral da sociedade, na conjuntura do Direito Público Interno, ou da humanidade, na tessitura do Direito Público Global — interesse público primário ou interesse público propriamente dito, emoldurado pelo ordenamento jurídico), com base em esclarecedora motivação, pela autoridade competente, amparada em firme e perceptível alicerce no Direito Prescritivo, revelem a impossibilidade jurídica de atender tal expectativa legítima do administrado, mormente quando advêm, de forma

superveniente, alterações dos marcos jurídicos (marcos legislativos e/ou regulatórios, a depender do contexto) que impedem o aparelho administrativo de prosseguir a linha de atuação (até então juridicamente plausível) cuja continuidade era esperada, de forma legítima e com boa-fé, pelo administrado.

O princípio da proporcionalidade é acolhido por Kingsbury e Schill em sua formulação tripartite alemã: (a) adequação, (b) necessidade e (c) proporcionalidade *stricto sensu*. De plano, procede-se ao exame da adequação. Depois, passa-se ao teste da necessidade. Por último, invoca-se a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

No teste da adequação, Kingsbury e Schill matizam a formulação germânica do subcritério da adequação com a construção pretoriana do subcritério da finalidade legítima (haurida da jurisprudência iterativa do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos), do que resulta o subcritério ampliado da adequação para uma legítima finalidade governamental (finalidade legítima mais adequação *stricto sensu*).

Enquanto na dimensão da adequação parte-se da premissa de que uma medida adequada é uma medida, inclusive, eficaz para atingir ou fomentar dada finalidade legítima, na dimensão da necessidade a busca por uma medida adequada e menos intensa significa também a procura por uma medida, inclusive, eficaz e, ao mesmo tempo, menos interventiva. Anela-se à concretização ou ao fomento da finalidade legítima estabelecida e à alvorada dos resultados pretendidos (dimensão da adequação), com a menor interveniência possível na gama de direitos, bens, interesses e pessoas atingida, e, lado outro, aspira-se à economicidade de recursos logísticos, humanos, materiais, técnicos e financeiros e à eficácia igual ou similar (dimensão da necessidade).

Na dimensão da proporcionalidade em sentido estrito, dá-se o sopesamento (ou a ponderação) em relação à medida em exame, com esteio no cotejo entre os seus possíveis efeitos (sobre os respectivos direitos ou interesses) e a relevância da sua finalidade legítima, buscando-se, se possível, levar em conta todos os fatores atinentes àquela conjuntura fático-jurídica (como nem sempre é possível considerar todos os aspectos do *thema decidendum*, importa que se tenha avaliado, com zelo e correição, a circunstância concreta com a qual se deparou).

Aspectos a serem considerados na dimensão da proporcionalidade em sentido estrito: (a) a relação custo-benefício; (b) se a medida é excessiva ou não à vista do desiderato perseguido; (c) se foi atribuído peso relativo, e não absoluto, a cada princípio em tensão; (d) a importância, na tessitura fático-jurídica apreciada, quer dos direitos ou interesses priorizados, quer dos direitos ou interesses postos em segundo plano; (e) se a interferência trazida pela medida em testilha foi de maior ou menor grau, de caráter permanente ou temporário, no tocante aos direitos ou interesses que apresentaram, no caso concreto, menor densidade; (f) se existiriam políticas alternativas cuja

implementação otimizaria ou não os direitos ou interesses contrapostos; (g) se haveria medidas alternativas imbuídas de menor eficácia, porém menos intrusivas em relação aos direitos ou interesses mitigados; (h) e se a medida avaliada foi ou será lançada mão em um ordenamento jurídico em que são reconhecidos e protegidos todos os direitos ou interesses em colisão.

Tendo-se em mira, de um lado, a linha de pensamento de Kingsbury e Schill, comungada por Barak e Pacheco, de que, no campo do subcritério da proporcionalidade em sentido estrito, cabe o cotejo entre o ato originalmente escolhido e o ato alternativo a oferecer menor eficácia, compensada pela expressiva atenuação dos efeitos deletérios da medida interventiva, e considerando, em outro polo doutrinal, a corrente abraçada por Dimoulis e Martins, bem como por Cianciardo, segundo a qual, no âmbito do subcritério da necessidade, pode-se firmar o contraste entre o ato cogitado ou executado e o provimento alternativo revestido de igual ou similar eficácia, mas de efeitos mais benignos ou menos nocivos, infere-se que, na seara da dimensão da necessidade, leva-se em conta a existência de meios alternativos de eficácia idêntica ou semelhante, ao passo que, na dimensão da proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a relação custo-benefício entre manter ou implementar ato com o potencial de suscitar a eficácia almejada ou similar, ou substituí-lo por medida com relevante redução de eficácia, contrabalanceada por considerável aumento da salvaguarda aos direitos atingidos.

Conquanto Kingsbury, Krisch e Stewart, ao exporem, em linhas gerais, o esboço do edifício principiológico do Direito Administrativo Global, não mencionem o princípio da racionalidade na seara dos padrões substantivos, porque se circunscrevem a relacioná-los com os princípios da expectativa legítima e da proporcionalidade, a proximidade entre os princípios da racionalidade e da motivação, em particular no tocante à motivação material, certifica a afinidade entre o princípio da racionalidade e os padrões substantivos.

O conteúdo do princípio da racionalidade ventilado por Kingsbury, Krisch e Stewart na arena do Direito Administrativo Global assemelha-se ao teor do que é chamado no Direito latino-americano e europeu de princípio da motivação, do qual decorre o dever da autoridade administrativa e a garantia do administrado de motivação ou de fundamentação do ato administrativo, de maneira prévia ou contemporânea ao advento do ato.

A motivação possui dupla face: formal e material. Sob o prisma da motivação formal, o princípio da motivação comete à Administração Pública, ao expedir o ato administrativo, o múnus de explicitar em seu corpo (este tomado em sentido amplo, a abranger não apenas o corpo do ato em si, mas também o contido em outros documentos, lançados por órgãos, entidades e agentes diversos, devidamente mencionados e especificados, anexos ao ato administrativo ou constantes de folhas

anteriores do mesmo caderno processual, em formato impresso ou eletrônico), com clareza, de molde didático e elucidativo, as suas razões fático-jurídicas e o percurso procedimental realizado. Já sob a faceta da motivação material, substancial ou substantiva, o princípio da motivação concita a Administração Pública — mormente em circunstâncias complexas e quando se afetam direitos humanos (inclusive direitos fundamentais e/ou direitos da personalidade) — a esculpir ato administrativo (a) coerente com a veracidade dos fatos narrados e com o acervo probatório ou documental em que se apoia, (b) em plena conformidade com os fundamentos jurídicos invocados (os fatos, além de verazes, devem ter nexos de pertinência com a moldura jurídica planteada) e (c) em consonância com o ordenamento jurídico em que se insere, máxime porque imbuído de proporcionalidade.

O princípio da motivação interage de duas formas com o devido processo substantivo: (I) em um primeiro instante, no plano da motivação material, o devido processo substantivo influi na gênese do teor do ato administrativo, com o fito de que se conceba medida administrativa revestida, em seu teor, de juridicidade, de justiça e de proporcionalidade; (II) em um segundo momento, após editado e publicado o ato administrativo, o devido processo substantivo representa um critério de controle repressivo (interno e externo) do ato administrativo, viabilizado pela motivação formal, à proporção que esta modalidade de motivação torna exequível a impugnação da medida administrativa, ao transparecer ao impugnante, notadamente, (a) as razões de fato e de direito do provimento administrativo, bem assim (b) o seu itinerário procedimental (como se viu alhures, a motivação formal não se adstringe a apenas estas duas funções — acima indicadas nas alíneas *a* e *b* — mas nelas repousam aspectos basilares dessa vertente da motivação).

7 Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. Nota do tradutor. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 8-13. (Teoria & Direito Público, v. 1)

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 166 p.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Org.). *Temas de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 98-125.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAILONE, Matías. El antiterrorismo como paradigma de desaliento de la participación ciudadana. In: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis María; NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.). *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*. Cizur Menor: UCLM, Civitas, Thomson Reuters, 2010. Cap. 17, p. 529-546. (Colección Monografías)

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Translated from the Hebrew by Doron Kalir. Cambridge: Cambridge, 2012. (Cambridge Studies in Constitutional Law, n. 2)

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa: as cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, v. 40, t. 1, p. 277-278, 283. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Acessado em: 25 de dezembro de 2012.

BARNES VÁZQUEZ, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 135, p. 495-538, sep.-dic. 1994. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>>. Acessado em 27 de dezembro de 2012.

BARR, Michael S.; MILLER, Geoffrey P. Global Administrative Law: the view from Basel. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 17, n. 1, p. 15-46, 2006. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/>>. Acessado em 27 de janeiro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271-316. (Teoria & Direito Público, v. 2)

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 34, n. 34, p. 275-291, jan.-dez. 1994. (Número especial comemorativo do centenário da Revista da Faculdade de Direito da UFMG)

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 169-225, out.-dez. 2002.

BRIGIDI DE MELLO, Eduardo. O princípio da expectativa legítima e a exposição de

motivos das medidas provisórias. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 14, n. 66, p. 173-198, jan.-fev. 2006.

BUENAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. (Colección Estudios Constitucionales)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Isabel Moraes (Org). *Análise comparativa das Leis de Solos de Países Europeus*. Estudo de enquadramento para a preparação da Nova Lei do Solo. Documento Técnico DGOTDU 8/2011. Lisboa: Direcção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano (DGOTDU) do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território de Portugal, 2011. Disponível em: <<http://novaleidosolo.dgotdu.pt>>. Acessado em 18 de outubro de 2012.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CHAIB, Liana. *O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 2008.

CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad*: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Ábaco, 2004.

COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Plena). Sentencia C-663/07 (Expediente D-6603). Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D. C., 29 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-663-07.htm>>. Acessado em 6 dezembro de 2012.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, com as modificações introduzidas pelos Protocolos n.s 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos n.s 4, 6, 7, 12 e 13. 59 p. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acessado em 7 de dezembro de 2012.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional). Número de Expediente: 97-004250-007-CO-V. Sentencia número 08858-98. Resolución número 08858-98. Voto número 8858-98. Redacta el Magistrado Vargas Benavides. San José, 15 de diciembre de 1998. Disponível em: <http://www.pgr.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/asunto_cons/asu_repartidor.asp?param1=ASC&nValor1=1¶m5=97-004250-0007-CO&strTipM=E>. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo*: segundo a jurisprudência do STJ e do STF. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRAGA, Gabino. La motivación de los actos administrativos. *Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*. México, D.F.: UNAM, 1971. p. 321-328. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/693/17.pdf>>. Acessado em 1º de dezembro de 2012.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. (Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 18)

FROTA, Hidemberg Alves da. A norma de reconhecimento e o caráter publicista do Direito Administrativo Global. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. Parte II, p. 165-203.

_____. A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no Direito brasileiro e Comparado. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, v. 13, n. 1, t. 2, p. 459-495, ene.-dic. 2007. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr2.pdf>>. Acessado em 21 de dezembro de 2012a.

_____. *O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

_____. O proporcional e o razoável — a contribuição pioneira de Rui Barbosa ao estudo brasileiro do diálogo entre o critério da necessidade e o princípio da razoabilidade — a liberdade de iniciativa econômica e a interdição da liberdade de empresa e de concorrência. *O Direito*, Lisboa, v. 143, n. 4, p. 839-873, 2011.

_____. Os limites à quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s), à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, D.F., v. 12, n. 1, p. 477-523, ene.-dic. 2012. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/12/cmt/cmt14.pdf>>. Acessado em 11 de outubro de 2012b.

GARCIA, Emerson. Dos atos de improbidade administrativa. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Cap. 7, p. 283-324.

GATHII, James Thuo. The Financial Action Task Force and Global Administrative Law. *Journal of the Professional Lawyer*, Chicago, v. 10, n. 10, p. 197-209, jan.-dec. 2010. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/cpr/pdfs/jpl10_09gathii.authcheckdam.pdf>. Acessado em 28 de janeiro de 2013.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

GONZÁLEZ BEIFUSS, Markus. *El principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Thomson, Aranzadi, 2003. 222 p. (Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, v. 11).

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 5. ed. Cizur Menor: Aranzadi, Civitas, Thomson Reuters, 2009.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

GRAU, Eros Roberto. Licitação sem objeto. Lei 8.666/93 e Estados e Municípios. Princípio da proporcionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 10, p. 89-102, 1995.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 268-283.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255-269. (Teoria & Direito Público, v. 2)

_____. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 268-283.

_____. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 719, p. 57-63, set. 1995.

HECK, Luís Afonso. As garantias jurídico-constitucionais do acusado no ordenamento jurídico alemão. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 54, n. 340, p. 97-108, fev. 2006.

_____. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 781, p. 71-78, nov. 2000.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*: tradução da 20. edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ISRAEL. Supreme Court of Israel. HCJ 2056/04.Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank. Disponível em: <http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/04/560/020/a28/04020560.a28.htm>. Acessado em 24 de dezembro de 2012.

KINGSBURY, Benedict. The concept of 'law' in global administrative law. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 20, n. 1, p. 23-57, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/>>. Acessado em 3 de novembro de 2012.

_____; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El surgimiento del Derecho Administrativo Global. Traducción por Gisela Paris y Luciana Ricart. *Revista de Derecho Público*, Bogotá, n. 24, p. 1-46, mar. 2010. Disponível em: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=12%3AREvista_24&lang=es>. Acessado em 18 de outubro de 2012a.

_____; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 68, n. 3-4, p. 15-61, sum.-aut. 2005. Disponível em: <<http://law.duke.edu/journals/lcp>>. Acessado em 2 de novembro de 2012b.

_____; SCHILL, Stephan. Investor-State arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, New York, 2009, Paper 146. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/146>. Acessado em 7 de novembro de 2012.

KRISCH, Nico. Global administrative law and the constitutional ambition. *Law, Society and Economy Legal Studies Working Papers*, London, n. 10, 2009. Disponível em:<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1344788>. Acessado em 27 de janeiro de 2013a.

_____.The pluralism of global administrative law. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 17, n. 1, p. 247-278, 2006. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/>>. Acessado em 27 de janeiro de 2013b.

_____; KINGSBURY, Benedict. Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 17, n. 1, p. 1-13, 2006. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/>>. Acessado em 27 de janeiro de 2013.

LAZARUS, Liora. Conceptions of liberty deprivation. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 69, n. 5, p. 679-868, sep. 2006. Disponível em:<<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/mlr.2006.69.issue-5/issuetoc>>. Acessado em 23 de dezembro de 2012.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*: bases para un

modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. (Colección El Derecho y la Justicia)

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 28, n. 5, p. 554-576, mai. 2012a.

_____. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: _____. (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012b. Cap. 14, p. 280-300.

MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Individualización como última fase del proceso de determinación de la pena. In: SEMINARIOS DE DERECHO E INSTITUCIONES, 2007. Universidad Nacional del Sur, Departamento de Derecho. Documento de Trabajo Número 7. Bahía Blanca, 2007. Disponível em: <<http://www.uns.edu.ar/congresos/DerInstitu/docs/MataBarranco.pdf>>. Acessado em 27 de dezembro de 2012.

MEILÁN GIL, José Luis. *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*. Sevilla: Derecho Global, Global Law, 2011. 177 p.

MENDES, Fernando Marcelo. O dever de decidir e a motivação dos atos administrativos. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 189-218.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 23, 1. quin. dez. 1994.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. 4.

MONTALVO, Juan Fernando. *Derecho Administrativo Global: aplicación del arbitraje de inversiones en el Ecuador*. Disponível em: <http://svar-law.com/SvarLaw/-Publicaciones_files/D.A.G.%20Arbitraje%20Inversiones.pdf>. Acessado em 11 de novembro de 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo de. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O Direito Administrativo e o policentrismo de suas fontes. Direito Administrativo Global e ordenamento jurídico. In: _____. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização — in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Ens. 7, p. 113-157.

NAMUR, Samir; KLEIN, Vinicius. A boa-fé objetiva e as relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, v. 3. p. 355-372.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; GONÇALVES, Pedro Costa; AMORIM, João Pacheco de. *Código do Procedimento Administrativo comentado*. 2. ed. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Primeira Subsecção de Contencioso Administrativo). Acórdão de 17 de Janeiro de 2007 (Processo n. 01220/05). Relator: Juiz Conselheiro Costa Reis. Lisboa, 17 de Janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/76687db4b2108f178025726e0039bb55?OpenDocument>>. Acessado em 2 de dezembro de 2012a.

_____. _____. (Secção de Contencioso Administrativo). Acórdão de 6 de Dezembro de 2006 (Processo n. 0580/06). Relator: Juiz Conselheiro Freitas Carvalho. Lisboa, 6 de Dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/e7c1ffa47d7169678025725e0042bec5?OpenDocument&Highlight=0,dever,fundamenta%C3%A7%C3%A3o,acto,administrativo>>. Acessado em 2 de dezembro de 2012b.

RAMÓN REAL, Alberto. Fundamentación del acto administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 15, n. 62, p. 5-20, abr.-jun. 1982.

RENUCCI, Jean-François. *Introduction to the European Convention of Human Rights: The rights guaranteed and the protection mechanism*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2005. 58 p. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres-/7EE16B23-65FD-4342-9124-ECD431425A60/0/DG2ENHRFILES012005.pdf>>. Acessado em 7 de dezembro de 2012.

RIVERS, Julian. Proportionality and variable intensity of review. *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 65, n. 1, p. 174-207, mar. 2006. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayJournal?jid=CLJ>>. Acessado em 17 de novembro de 2012.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. México, D.F.: UNAM, 2007. 124 p. (Serie Estado de Derecho – Función Judicial) Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2422>>. Acessado em 1º de dezembro de 2012.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 93-107, abr.-jun. 1999.

TÁCITO, Caio. Ato e fato administrativo. In: _____. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997a, v. 1. p. 297-307.

_____. O desvio de poder em matéria administrativa. In: _____. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997b, v. 1. p. 71-159.

_____. Poder discricionário. Desvio de finalidade. Princípio da razoabilidade. In: _____. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997c, v. 2. p. 1.109-1.118.

TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. (Colección Laboral, v. 159)

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Regulamento (UE, Euratom) n. 966/2012, de 25 de outubro de 2012. Relativo às disposições financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União. Revoga o Regulamento (CE, Euratom) n. 1605/2002, de 25 de junho de 2002. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, Série L, n. 298, 26 out. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:298:0001:0096:PT:PDF>>. Acessado em 20 de dezembro de 2012.

VALLINA VELARDE, Juan Luis de La. *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1967. 87 p. (Estudios Administrativos, v. 31)

WIKIPEDIA. European Convention on Human Rights. Disponível em:<http://en.wikipedia.org/wiki/European_Convention_on_Human_Rights>. Acessado em 16 de novembro de 2012a.

_____. European Court of Human Rights. Disponível em:<http://en.wikipedia.org/wiki/European_Court_of_Human_Rights>. Acessado em 12 de dezembro de 2012b.

_____. The Supreme Court of Israel. Disponível em:<http://en.wikipedia.org/wiki/Supreme_Court_of_Israel>. Acessado em 26 de dezembro de 2012c.

WIKIPÉDIA. Convention européenne des droits de l'homme. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Convention_europ%C3%A9enne_des_droits_de_l'homme>. Acessado em 12 de dezembro de 2012a.

_____. Cour européenne des droits de l'homme. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_europ%C3%A9enne_des_droits_de_l'homme>. Acessado em 16 de novembro de 2012b.