

## **Funções do Princípio da Proporcionalidade no Direito Administrativo Japonês\***

## **Functions of the Proportionality Principle in Japanese Administrative Law**

*Narufumi Kadomatsu\*\**

### **RESUMO**

O princípio da proporcionalidade foi importado da Alemanha para o Japão durante o período entreguerras. A Suprema Corte japonesa nunca o mencionou expressamente em sua jurisprudência, exceto como *obiter dictum*. Contudo, vários julgados podem ter aplicado esse princípio em essência. O presente artigo questiona se a proporcionalidade funciona interna ou externamente à discricionariedade administrativa e se realiza o controle de necessidade ou o controle de ponderação. Também se baseia na premissa de que a discricionariedade administrativa tem lugar no procedimento de aplicação da lei em sentido estrito, distinto da interpretação jurídica e da mera averiguação dos fatos, ambas reservadas aos juízes. A Suprema Corte emprega a fórmula retórica das “ideias sociais geralmente aceitas” no controle judicial da discricionariedade administrativa e tem incorporado o “controle do processo de tomada de decisão” a esse arcabouço clássico. O presente ensaio também examina a relação entre o princípio da proporcionalidade e sua estrutura de controle. No tocante ao controle de necessidade, a relação entre “meios e fins”, como núcleo do referido princípio, é autoevidente. Já no que se refere ao controle de ponderação, a proporcionalidade manifesta-se quando um determinado interesse é colocado em um lado da escala e comparado com vários outros interesses. Apesar de a Suprema Corte ter se mostrado bastante relutante em realizar esses tipos de ponderação dúplice, o faz em casos específicos. Se tal ponderação é apropriada, depende da conveniência do controle judicial, bem como de uma compreensão da estrutura jurídica na área pertinente. Enquanto essa ponderação dúplice providencia uma ferramenta eficaz para o

---

✉ Narufumi Kadomatsu  
kado@kobe-u.ac.jp

\*O presente artigo é baseado em uma apresentação do autor no Workshop on Comparative Administrative Law in Asia. 2<sup>nd</sup>., 2013, Taipei. *Proportionality and Democratic Accountability*. Taipei: Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica, 2013. Baseado na apresentação, o autor também publicou um artigo em japonês: KADOMATSU, Narufumi. *Nihon Gyōseihō ni Okeru Hireigensoku no Kinō ni Kansuru Oboegaki* [Memorando sobre as funções do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo japonês]. *Seisaku kagaku*. [S.l.], v. 21, n. 4, p. 191-200, 2014. (角松生史, 日本行政法における比例原則の機能に関する覚え書き, 政策科学, 21卷4号, 頁191-200 (2014年)). O autor agradece aos revisores anônimos pelos seus úteis comentários bem como ao Dr. Steve Pickering (Brunel University, Londres) pela primorosa edição. Esse trabalho foi apoiado pela JSPS KAKENHI, número de referência 15H03290 e 16H03681. A versão em inglês foi publicada em 2018: "Narufumi Kadomatsu, Functions of the Proportionality Principle in Japanese Administrative Law\*", 22 Academia Sinica L.J. 203, 203-242(2018)", disponível em: < <http://publication.iias.sinica.edu.tw/80207181.pdf> >.

\*\* Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Kobe, Japão.

\*\*\* Tradução da versão em inglês para o português realizada por Antônio Tavares Santos e Lauro Henrique Monteiro, ambos alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e estagiários do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Revisão da tradução por Ricardo Perlingeiro, Professor da Universidade Federal Fluminense e da Universidade Estácio de Sá e Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e por Paula Ladeira Vidal, aluna da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e estagiária do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

controle judicial, também apresenta o risco de tornar invisível a real diversidade de interesses entre as várias partes interessadas.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Princípio da proporcionalidade, discricionariedade administrativa, controle do processo de tomada de decisão, Direito Administrativo japonês.

**ABSTRACT**

The proportionality principle (hereafter, the PP) was imported from Germany into Japan during the interwar period. The Japanese Supreme Court has never expressly mentioned the PP in its opinion except as obiter dictum. However, several judgments may have applied the PP in essence. This article questions whether the PP functions “outside” or “inside” of administrative discretion and whether it performs the necessity control or the balancing control. It also builds upon the premise that administrative discretion takes place in the process of the application of the law in the narrower sense, distinguished from the interpretation of law and from bare fact-finding, both of which are reserved for the judges. The Supreme Court employs the rhetorical formula of “generally accepted social ideas” in judicial control of administrative discretion and has integrated “control of the judgment-making process” into this classic framework. This essay also examines the relationship between the PP and its control framework. Regarding the necessity control, the purpose-means construction as the core of the PP is self-evident. As for the balancing control, the feature of the PP is that a particular interest is placed on one side of the scale and compared with various other interests. The Supreme Court is rather reluctant to perform such types of dual balancing, but does so in certain cases. Whether such balancing is appropriate depends upon the desirability of judicial review, as well as an understanding of the legal structure in the relevant field. While such dual balancing provides an effective tool for judicial control, it also presents the risk of making the actual diversity of interests among various stakeholders invisible.

**KEYWORDS:**

Proportionality principle, administrative discretion, control of the judgement-making process, Japanese administrative law.

**Sumário** 1. Introdução. 2. Recepção e compreensão do princípio da proporcionalidade. 3. Controle judicial da discricionariedade administrativa e o princípio da proporcionalidade. 3.1 Externo ou interno? 3.2 Premissas da discussão. 3.2.1 Etapas lógicas da aplicação do Direito Administrativo. 3.2.2 Distinção entre o juízo sobre os requisitos legais e o juízo sobre a escolha de medidas. 3.3 Controle da discricionariedade a partir das “ideias sociais geralmente aceitas”. 3.4 “Controle do processo de tomada de decisão” em relação à discricionariedade administrativa. 3.4.1 Julgado *Nikkō Tarō Sugi*. 3.4.2 A Suprema Corte: incorporação do “controle do processo de tomada de decisão” ao “controle a partir das ideias sociais geralmente aceitas”. 4. Controle da discricionariedade e o princípio da proporcionalidade. 4.1 Atuação interna e externa do princípio da proporcionalidade e os controles de necessidade e ponderação. 4.2 Cautela da Suprema Corte em estabelecer regras de prioridade. 4.3 Caso da sanção disciplinar *Kimigayo*. 5. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

A doutrina conhecida como “princípio da proporcionalidade” foi importada da Alemanha para o Direito Administrativo japonês durante o período entreguerras, juntamente com uma série de outros conceitos e doutrinas básicos. Hoje, é amplamente aceita como um dos princípios gerais do Direito Administrativo. No presente artigo, nós iremos primeiramente descrever sua recepção e explorar discussões sobre seus fundamentos jurídicos e seu escopo.

Considerando que a principal área na qual o princípio da proporcionalidade tem sido aplicado é o controle da discricionariedade administrativa, nós analisaremos se e como essa aplicação é realizada, e questionaremos se o princípio limita a discricionariedade **externamente** ou se ele controlará a racionalidade do seu exercício **internamente**. De início, apresentaremos a premissa da discussão, a saber, onde situar a discricionariedade administrativa nas etapas lógicas da aplicação do Direito. Em seguida, observaremos o clássico controle de discricionariedade a partir das “ideias sociais geralmente aceitas”, empregado pela Suprema Corte do Japão. Discutiremos como a Suprema Corte posteriormente incorporou o “controle do processo de tomada de decisão” a esse arcabouço clássico.

A partir de então, retornaremos à indagação sobre se o princípio da proporcionalidade funciona interna ou externamente à discricionariedade nos julgados da Suprema Corte, tendo em mente a referida distinção entre controle de necessidade e controle de ponderação. Prosseguiremos, por fim, à conclusão geral.

## 2. RECEPÇÃO E COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade foi importado da doutrina alemã para a jurisprudência japonesa antes da Segunda Guerra Mundial, como explora Tatsukichi Minobe, uma figura de liderança no Direito Constitucional e Administrativo do pré-guerra. Ele argumenta que os

artigos 22 e seguintes da Constituição do Império do Japão (Constituição *Meiji*<sup>1</sup>), os quais garantiam liberdades e segurança aos súditos, exigiam que sua eventual restrição não apenas (i) fosse baseada em necessidades do interesse público, mas também (ii) que o grau de restrição mantivesse equilíbrio apropriado com o grau de necessidades. Restrições que não fossem proporcionais às necessidades do interesse público seriam, portanto, ilegais. Minobe também menciona uma série de julgados do Tribunal Administrativo<sup>2</sup> como “exemplos” de sua perspectiva. Contudo, numa análise mais detalhada, nós observamos que nem o termo “proporcionalidade” nem a lógica subjacente foram utilizados nos próprios julgados. Não está claro se a principal ênfase da opinião de Minobe está na aplicação do princípio da proporcionalidade ou na negação da discricionariedade administrativa.

Atualmente, o entendimento alemão do conceito (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) também é amplamente aceito entre acadêmicos de Direito Administrativo, que tratam a proporcionalidade como um dos “princípios gerais do Direito (Administrativo)”<sup>3</sup>. Com efeito, alguns dispositivos legais japoneses podem ser entendidos com uma expressão do princípio, a exemplo do artigo 1, §2º, da Lei de Execução de Deveres Policiais<sup>4</sup> e do artigo 2 da Lei sobre Execução Alternativa pela Administração<sup>5</sup>. No entanto, não há entendimento unânime acerca de seu fundamento jurídico. Alguns dizem que é o artigo 13 da Constituição Japonesa em vigor<sup>6</sup>, uns dizem que é o Estado de Direito, outros dizem que é a razão natural (*jōri*). Embora os benefícios práticos dessa discussão sobre o “fundamento jurídico” sejam duvidosos, alguns argumentam que é necessário encontrar fundamento no texto

---

<sup>1</sup> JAPÃO. DAI NIHON TEIKOKU KENPŌ (MEIJI KENPŌ) [CONSTITUIÇÃO] (1889).

<sup>2</sup> No período pré-guerra, os litígios administrativos, em conformidade com a repartição constitucional de competência, eram tratados pelo Tribunal Administrativo único em Tóquio. No período pós-guerra, os litígios administrativos passaram a ser tratados pelos tribunais comuns, com base na Lei Especial de Contencioso Administrativo (1948), seguida pela Lei de Contencioso Administrativo (1962).

<sup>3</sup> Hikaru Takagi menciona os três clássicos testes alemães ([1] o teste de adequação, [2] o teste de necessidade e [3] o teste de proporcionalidade [em sentido estrito]) no manual: TAKAGI, HIKARU. *GYŌSEIHŌ* [DIREITO ADMINISTRATIVO]. Tokyo: Yūhikaku, 2015. p. 66 (高木光, 行政法, 頁66 [2015年]). Por outro lado, Hiroshi Shiono menciona apenas o “princípio da necessidade” e a “proporcionalidade entre os fins e os meios” (proibição de regulação excessiva [Übermaßverbot]), e omite o teste de adequação. SHIONO, HIROSHI. *GYŌSEIHŌ I* [DIREITO ADMINISTRATIVO I]. 6 ed. Tokyo: Yūhikaku, 2015. p. 93. (塩野宏, 行政法 I, 6版, 頁93 [2015年]).

<sup>4</sup> JAPÃO. Lei nº 36 de 1948. Keisatsukan Shokumu Shikko Hō [Lei de Execução dos Deveres Policiais].

<sup>5</sup> JAPÃO. Lei nº 43 de 1948. Gyōsei Daishikkō Hō [Lei sobre Execução Alternativa pela Administração].

<sup>6</sup> “All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.” [“Todas as pessoas devem ser respeitadas como indivíduos. Seus direitos à vida, à liberdade e à busca pela felicidade deverão, na medida em que não interfiram no bem comum, ser a consideração suprema na legislação e em outros assuntos governamentais.”], tradução nossa. JAPÃO. NIHONKOKU KENPŌ [KENPŌ] [CONSTITUIÇÃO] (1947).

constitucional para que o princípio da proporcionalidade sirva como supedâneo para o controle judicial de constitucionalidade das leis.

Assim como na Alemanha, a proporcionalidade foi introduzida pela primeira vez no Japão, no âmbito do poder de polícia do Estado (*police law*), e, sendo assim, houve pouco problema em expandir o seu escopo para o campo das atividades administrativas regulatórias em geral. O referido princípio pode ainda ser aplicado a atividades administrativas de prestação de serviços, como a assistência social, em que a atividade estatal pode ser entendida como uma violação dos interesses legítimos dos cidadãos, e a suspensão do subsídio para proteção da subsistência (*e.g.*, julgado da Corte Distrital de Fukuoka, de 26 de maio de 1998<sup>7</sup>). Questões teóricas mais difíceis são: (i) pode a proporcionalidade também ser compreendida como um princípio geral que restringe atividades estatais? (Pode o princípio funcionar no sentido de limitar o serviço de assistência social? Como ele se relaciona com o princípio da subsidiariedade?); e (ii) pode a proporcionalidade também limitar **omissões** do governo (princípio da proporcionalidade inversa), quando importantes interesses dos cidadãos estão em perigo?

A Suprema Corte do Japão é geralmente bastante relutante em mencionar princípios abstratos em seus julgados, embora eles sejam, de fato, baseados em suas extensas atividades de pesquisa em materiais jurídicos acadêmicos, tanto nacionais quanto estrangeiros. Isso também é verdade no que se refere ao princípio da proporcionalidade. A Suprema Corte nunca o mencionou propriamente em sua jurisprudência, exceto como *obiter dictum* (julgado da Suprema Corte de 7 de fevereiro de 2006<sup>8</sup>) ou em um contexto negativo (julgado da Suprema Corte de 4 de junho de 1964<sup>9</sup>). Portanto, é sempre difícil determinar se uma determinada decisão judicial empregou o princípio da proporcionalidade ou não. Para facilitar a discussão no presente ensaio, **nós consideramos duas funções principais do princípio da proporcionalidade: controle de necessidade e controle de ponderação.**<sup>10</sup> **Ambas estão**

---

<sup>7</sup> JAPÃO. Fukuoka Chihō Saibansho [Corte Distrital de Fukuoka]. 1994 (Gyō-Hi) 31, 1678 *HANREI JIHŌ* [*HANJI*] 72. Fukuoka, 26 de maio de 1998.

<sup>8</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2003 (Ju) 2001, 60 (2) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [*MINSHŪ*] 401. Tóquio, 7 de fevereiro de 2006.

<sup>9</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1962 (O) 49, 18(5) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [*MINSHŪ*] 745. Tóquio, 4 de junho de 1964 (anulando a decisão do tribunal de origem, que revogou uma decisão administrativa baseada no princípio da proporcionalidade).

<sup>10</sup> “Controle de necessidade”, no presente artigo, corresponde ao (2) teste de necessidade (um dos três clássicos testes alemães), e “controle de ponderação” corresponde ao (3) teste de proporcionalidade (em sentido estrito). Na visão do autor, (1) o teste de adequação é um pré-requisito para o controle de necessidade; se um meio não é

baseadas na relação entre “meios e fins”, que serve como seu núcleo. Ao examinar as decisões judiciais, nós veremos como e em qual contexto uma ou ambas as funções podem aparecer.

### 3. CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

#### 3.1 Externo ou interno?

A primeira pergunta a ser feita é se (a) o princípio da proporcionalidade encontra-se fora do domínio da discricionariedade administrativa, especialmente quando molda o limite da discricionariedade, ou se (b) o princípio funciona como um controle interno diretivo da discricionariedade.

A compreensão clássica de Minobe parece se alinhar à primeira opinião. Ele explica o princípio da proporcionalidade no quadro da distinção entre (i) um ato totalmente vinculado (*Kisoku Kōi*), (ii) um ato discricionário legalmente vinculado (*Kisoku Sairyō Kōi*), (iii) e um ato plenamente discricionário (*Jiyū Sairyō Kōi*). A importante distinção prática situa-se entre os itens (ii) e (iii). De acordo com Minobe, o Tribunal Administrativo não pode lidar com um ato plenamente discricionário como objeto de um litígio administrativo. Quando uma ação é movida contra tais atos, o Tribunal deve julgar o caso declarando que está fora de sua competência.<sup>11</sup> Pelo contrário, a discricionariedade administrativa reconhecida em um ato

---

“adequado” para alcançar a finalidade da lei, então ele nunca pode ser “necessário”. O autor emprega essa dicotomia a fim de enfatizar a diferença na função dos dois controles. Veja WATARI, Tadasu. Rieki Kōryō Gata Shinsa to Hirei Gensoku [Controle de constitucionalidade com base no equilíbrio de interesses e o princípio da proporcionalidade]. *HŌGAKU KYŌSHITSU*, [S.L.], n. 339, p. 43, 2008 (亙理格, 利益衡量型司法審査と比例原則, 法学教室, 339号, 頁43 [2008年]). Yoko Suto argumenta que (2) o teste de adequação não é importante no controle da discricionariedade administrativa, enquanto que é essencial na revisão da constitucionalidade das leis estatutárias. SUTO, YOKO. *HIREI GENSOKU NO GENDAITEKI IGI TO KINŌ* [SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO E FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE]. Kyoto: Hōritsu Bunkasha, 2010. p. 258-259 (須藤陽子, 比例原則の現代的意義と機能, 頁258-259 [2010年]).

<sup>11</sup> No entanto, a efetiva prática do Tribunal Administrativo à época parece ter sido um pouco diferente. Minobe critica o fato de que o Tribunal não dispensou a instauração do litígio contra ato administrativo discricionário, mas permitiu que o autor perdesse no mérito do caso. MINOBE, TATSUKICHI. *GYŌSEI SAIBANHŌ* [DIREITO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]. Tokyo: Chikura-Shobo, 1929. p. 157 (美濃部達吉, 行政裁判法, 頁157 [1929年]).

discricionário legalmente vinculado é a *Rechtsfindung*, ou seja, a busca de uma decisão juridicamente correta, de modo que o Tribunal Administrativo deve controlar a legalidade do ato administrativo. Logo, pode-se dizer que Minobe argumenta, sobretudo, na base de uma dicotômica distinção entre atos judiciais totalmente passíveis de revisão e atos discricionários não passíveis de revisão.<sup>12</sup>

Para Minobe, o critério mais importante para a distinção é se o ato administrativo viola a liberdade, direitos ou interesses pré-existentes das pessoas. Se esse é o caso, “o ato não pode ser um ato plenamente discricionário em nenhuma circunstância” (tradução nossa).<sup>13</sup> Uma vez que o art. 22 da Constituição *Meiji* garante a liberdade e a propriedade do súdito, a restrição a esses direitos deve sempre estar limitada pela lei. É nesse contexto que Minobe menciona o princípio da proporcionalidade. Apenas nos casos de um ato totalmente vinculado ou de um ato discricionário legalmente vinculado, que estão sujeitos à revisão completa pela Corte Administrativa, o princípio pode ser aplicado. O juízo sobre a admissão da discricionariedade precede a sua aplicação. Assim, podemos observar que a proporcionalidade funciona externamente à (plena) discricionariedade na teoria de Minobe.

Atualmente, as circunstâncias mudaram. Como já mencionado, a Corte Administrativa foi extinta e os litígios administrativos passaram a ser tratados pelos tribunais ordinários japoneses com base na Lei Especial de Contencioso Administrativo de 1948,<sup>14</sup> e, posteriormente, na atual Lei de Contencioso Administrativo de 1962.<sup>15</sup> O art. 30 desta última estipula que o tribunal pode revogar uma decisão administrativa discricionária “apenas nos casos em que a decisão tenha extrapolado os limites do poder discricionário da agência ou tenha sido tomada por meio de abuso desse poder” (tradução nossa). Isso significa que os litígios administrativos contra “decisões administrativas discricionárias” não estão completamente fora da competência dos tribunais, mas, ao revés, eles devem considerar os litígios como juridicamente válidos, contanto que os outros requisitos (existência de decisões administrativas, legitimidade processual, prazos, etc.) sejam atendidos. Significa apenas que o grau de controle judicial será limitado.

---

<sup>12</sup> MINOBE, TATSUKICHI. *NIHON GYŌSEIHŌ* [DIREITO ADMINISTRATIVO JAPONÊS]. Tokyo: Yūhikaku, 1940. p. 929-932 (美濃部達吉, 日本行政法, 頁929-932 (1940年)).

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 933.

<sup>14</sup> JAPÃO. Lei nº 81 de 1948. Gyōsei Jiken Soshō Tokureihō [Lei Especial do Contencioso Administrativo].

<sup>15</sup> JAPÃO. Lei nº 139, de 16 de maio de 1962. Gyōsei Jiken Soshōhō [Lei do Contencioso Administrativo].

A partir dessa perspectiva, a questão da discricionariedade administrativa não deve ser tratada com base na classificação dicotômica de atos judiciais totalmente passíveis de revisão e atos discricionários não passíveis de revisão. De outro modo, a problemática residirá **em quais etapas do procedimento de aplicação da lei a discricionariedade deve ser admitida.**

Antes de entrarmos nesse assunto, devemos examinar as premissas da discussão, isto é, como a teoria e a prática jurídicas japonesas entendem o processo jurídico (*legal process*) que leva à decisão administrativa.

## 3.2 Premissas da discussão

### 3.2.1 Etapas lógicas da aplicação do Direito Administrativo

Normalmente, o procedimento de aplicação em casos de decisões administrativas pode ser classificado nas etapas lógicas expostas a seguir (silogismo legal). De início, podemos distinguir a (1) interpretação jurídica do texto legal como a base da decisão administrativa e a (2) averiguação das circunstâncias no caso concreto. Baseado em (1) e (2), o órgão administrativo vai alcançar a conclusão final, que é entendida como (3) a aplicação de uma norma jurídica geral a uma situação concreta (subsunção). Embora todo esse procedimento possa ser denominado “aplicação”, o presente artigo usa o termo “aplicação” no sentido mais estrito, a fim de distingui-lo da “interpretação”<sup>16</sup>. Em outras palavras, a “aplicação da lei” inclui (2) e (3).

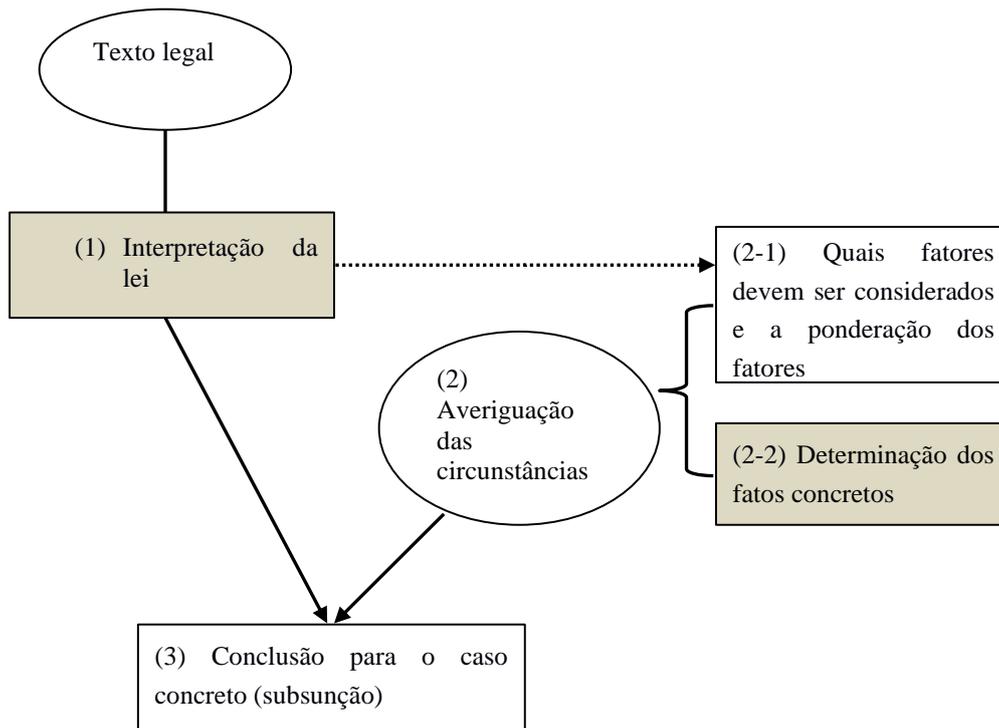
---

<sup>16</sup> O autor escreveu uma breve nota acerca da distinção entre “interpretação” e “aplicação” no Direito Administrativo, baseado no assim denominado “modelo Toulmin” (Veja TOULMIN, S. E. *The uses of argument*. 1 ed., rev. Cambridge: Cambridge University Press, 2003), embora ainda esteja em desenvolvimento. Veja KADOMATSU, Narufumi. Gyoseihō ni Okeru Hō no Kaishaku to Tekiyō ni kansuru Oboegaki [Memorando sobre a interpretação/aplicação da lei em Direito Administrativo]. In: UGA, Katsuya; KŌKETSU, Hisashi (Eds.) *GENDAI GYOSEIHŌ NO KŌZO TO TENKAI* [ESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO]. Tokyo: Yūhikaku, 2016. p. 383-400. (角松生史, 行政法における法の解釈と適用に関する覚え書き, 收於: 宇賀克也、交告尚史編, 現代行政法の構造と展開, 頁383-400 [2016年]). Em resumo, a interpretação da lei é um esforço para apresentar “imperativos” (*warrants*) como uma premissa geral, o que é minimamente necessário para “reconciliar” (*bridge*) “fato” (*data*) e “reivindicação” (*claim*), ambas premissas singulares. Encontrar “respaldo” (*backing*) para os “imperativos” (*warrants*) também está incluso na interpretação da lei. A interpretação da lei, propriamente dita, está em estabelecer uma tese jurídica geral.

A averiguação das circunstâncias (2) pode ainda ser dividida (2-1) na decisão da Administração sobre quais fatores devem ser considerados em cada caso e na ponderação desses fatores<sup>17</sup>, e (2-2) na determinação dos fatos concretos (*bare facts*).

[Gráfico: Etapas lógicas da aplicação do Direito Administrativo]

\*elaborado pelo autor



Quando o Poder Judiciário controla a aplicação do Direito por um órgão administrativo, embora não haja fundamento jurídico expreso, a teoria e a prática jurídicas japonesas consideram, de fato, que nem em relação (1) à interpretação da lei<sup>18</sup>, nem em relação (2-2) à determinação dos fatos concretos, pode a discricionariedade administrativa ser conferida.<sup>19</sup> O

<sup>17</sup> A concepção do procedimento judicial também pertence a essa categoria, mas não será levada em consideração nesse artigo.

<sup>18</sup> Certamente, é difícil, por vezes, diferenciar interpretação e aplicação, mas aquela pode ser distinguida desta na medida em que é uma formulação de uma tese jurídica geral. Cf. nota 16.

<sup>19</sup> No entanto, quando a apuração dos fatos requer conhecimento técnico especializado em uma ampla gama de domínios e prognósticos futuros (*future forecasts*), a discricionariedade administrativa pode ser concedida. Cf. JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1985 (Gyō-Tsu) 133, 46(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ [MINSHŪ]* 1174. Tóquio, 29 de outubro de 1992 (Caso da Usina Nuclear de *Ikata*).

tribunal sempre realiza uma revisão completa de tais questões e substitui a decisão administrativa pelo seu próprio julgamento.

Assim, a discricionariedade administrativa apenas pode ser concedida em relação (2-1) à decisão da Administração sobre quais fatores devem ser considerados e sua ponderação, e em relação (3) ao alcance da conclusão final para o caso (subsunção), ou seja, como a Administração avalia os fatores que foram considerados e toma sua decisão após a ponderação.

### **3.2.2 Distinção entre o juízo sobre os requisitos legais e o juízo sobre a escolha de medidas**

Outra premissa da discussão japonesa nessa matéria é a distinção entre o juízo sobre os requisitos legais e o juízo sobre a escolha de medidas. Vamos examinar um exemplo de medidas disciplinares baseadas na Lei do Serviço Público Nacional.<sup>20</sup> Seu art. 82, § 1º estipula o seguinte:

Artigo 82 (1) Quando um agente se enquadrar em qualquer um dos seguintes itens, poderá, como medida disciplinar, ser demitido, suspenso da função, sofrer uma redução no salário ou ser repreendido:

- (i) Quando o agente tenha violado esta Lei, o Código de Ética do Serviço Público Nacional ou ordens emitidas nos termos dessas leis (...);
- (ii) Quando o agente tenha infringido suas obrigações no exercício de suas funções ou tenha negligenciado deveres;
- (iii) Quando o agente é culpado por ato ilícito, tornando-o inapto para cumprir o papel de servidor de todos os cidadãos. (tradução nossa)

Quando um agente com autoridade disciplinar examina a possibilidade de imposição de medidas disciplinares contra um funcionário público, deve primeiramente determinar se a conduta do funcionário vai ao encontro dos requisitos previstos nos itens (i) a (iii). Esse procedimento é denominado “juízo sobre os requisitos legais”. Após chegar à conclusão de que qualquer um dos requisitos foi atendido, a autoridade decidirá se aplicará ou não medidas disciplinares, e, se o fizer, quais medidas – demissão, suspensão da função, redução no salário, admoestação – deverão ser tomadas. Esse procedimento é denominado “escolha de medidas”.

Diferentemente da prática do Direito alemão, que usa o termo “discricionariedade” apenas para o último procedimento (escolha de medidas) e usa “margem de apreciação”

---

<sup>20</sup> JAPÃO. Lei nº 120, de 21 de outubro de 1947. Kokka Kōmuin Hō [Lei do Serviço Público Nacional].

(*Beurteilungspielraum*) para o primeiro (juízo sobre requisitos), a teoria e prática jurídicas japonesas utilizam o termo “discricionariedade” (*Sairyō*, 裁量) para ambos os procedimentos.

Dadas as supracitadas premissas japonesas, este artigo argumenta que: (1) o “controle de necessidade” funciona principalmente no nível da interpretação da lei na forma de uma tese geral (*general proposition*), e providencia os pré-requisitos do exercício da discricionariedade administrativa que ocorre no nível da subsunção. Conseqüentemente, o “controle de necessidade” está **fora** do domínio da discricionariedade. (2) Por outro lado, o “controle de ponderação” funciona, sobretudo, como o controle do processo de subsunção sob circunstâncias concretas e é, portanto, um controle **interno**. Contudo, o controle de ponderação às vezes acompanha a declaração de teses jurídicas gerais, que servem como controle externo. Este ponto será ilustrado no exame das decisões judiciais japonesas.

### 3.3 Controle da discricionariedade a partir das “ideias sociais geralmente aceitas”

Com base nessas premissas, como o Judiciário lida com o tema da discricionariedade? Em um caso onde a legalidade da sanção disciplinar imposta contra um funcionário público nacional foi questionada, o julgado da Suprema Corte de 20 de dezembro de 1977 [Caso da Agência Aduaneira de Kobe (*Kobe Customs Office Case*)]<sup>21</sup> concedeu um amplo poder discricionário **na escolha das medidas**. Desde que a conduta de um funcionário público preencha os requisitos para aplicação de medidas disciplinares, de acordo com o art. 82, §1º, da Lei do Serviço Público Nacional, a autoridade disciplinar deve considerar vários fatores, como a razão, o motivo, a natureza e as influências da ação, para decidir se ela exige ou não medidas disciplinares e que tipo de medida deve ser escolhida.

Segundo a Suprema Corte:

Uma vez que tais decisões serão tomadas com base na consideração global de tais abrangentes fatores, um julgamento adequado não pode ser esperado a não ser que demos discricionariedade àqueles encarregados de supervisionar funcionários subordinados, e que possuem amplo conhecimento das circunstâncias na agência. (tradução nossa).<sup>22</sup>

<sup>21</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1972 (Gyō-Tsu) 52, 31(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ [MINSHŪ]* 1101. Tóquio, 20 de dezembro de 1977.

<sup>22</sup> *Ibid.*

A Suprema Corte continua afirmando que contra tal discricionariedade, que enfatiza a necessidade de uma decisão baseada na consideração global de vários fatores pela “pessoa responsável no local”, o controle judicial será limitado. Quando o tribunal examina a legalidade da decisão administrativa discricionária, **não pode substituí-la pela sua própria sentença**, e a decisão administrativa somente será considerada ilegal quando “carecer significativamente de adequação **à luz das ideias sociais geralmente aceitas**, de modo que seja vista como um abuso de discricionariedade” (tradução nossa).<sup>23</sup>

Esse conceito de controle judicial, baseado em “ideias sociais geralmente aceitas”<sup>24</sup> contra decisões administrativas discricionárias, também pode ser observado nos casos da Suprema Corte que abordaremos. Tal formulação talvez intrigue observadores estrangeiros<sup>25</sup>, que podem ter dúvidas acerca da razão pela qual o tribunal pode introduzir a ideia de “sociedade” no “ordenamento jurídico”. O tribunal provavelmente usa o conceito a fim de explicar porque ela pode impor seu juízo contra a decisão de órgãos democraticamente responsáveis (*democratically accountable organs*) sem implicar avaliação puramente subjetiva dos juízes. Sendo assim, o grau de controle é limitado ao caso em que a decisão administrativa é “significativamente inapropriada”. Hitoshi Murata, um juiz de tribunal superior, entende esse conceito como sendo “uma aplicação vaga do princípio da proporcionalidade” (tradução nossa).<sup>26</sup>

De maneira geral, o controle a partir de “ideias sociais geralmente aceitas” sempre foi criticado por ser muito deferente em relação à Administração. Porém, ao mesmo tempo, a

---

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Os primeiros usos da frase “carece significativamente de adequação à luz das ideias sociais geralmente aceitas” (tradução nossa) pela Suprema Corte podem ser encontrados nos julgados: JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1951 (O) 685, 7(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ [MINSHŪ]* 811. Tóquio, 3 de julho de 1953 (decisão de concessão de terras em reforma agrária); JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1953 (O) 745, 8(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ [MINSHŪ]* 1501. Tóquio, 30 de julho de 1954 (sanção disciplinar - expulsão de universidade pública).

<sup>25</sup> Ryuji Yamamoto, professor da Universidade de Tóquio, confessa que encontrou dificuldade em traduzir e explicar o conceito para colegas alemães em sua apresentação no Japan-Germany Administrative Law Symposium, em 11 de fevereiro de 2006. YAMAMOTO, Ryuji. *Nihon ni Okeru Sairyō Ron no Henyō* [Transformação da doutrina da discricionariedade no Japão]. *Hanrei Jihō [Hanji]*, [S.l.], n. 1933, p. 15, 2006 (山本隆司, 日本における裁量論の変容, 判例時報, 1933号, 頁15 [2006年]).

<sup>26</sup> MURATA, Hitoshi. *Gyōsei ni Okeru Hireigensoku* [Princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo]. In: FUJIYAMA, Masayuki; MURATA, Hitoshi (Eds.) *Gyōsei sōshō* [CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E RECURSO ADMINISTRATIVO]. rev. Tokyo: Seirin Shoin, 2012. p. 87-88 (村田斉志, 行政法における比例原則, 收於: 藤山雅行、村田斉志編, 行政争訟, 改訂版, 頁87-88 [2012年]).

possibilidade de controle judicial ainda está em aberto. Exceto pela fórmula retórica do que é “significativamente inapropriado”, não há limite lógico para o alcance do controle judicial.<sup>27</sup> Quão frouxo ou rigoroso esse controle pode ser não depende de um princípio definido, mas do posicionamento da Corte.

Outro ponto a ser mencionado é que a decisão da Suprema Corte no julgado da Agência Aduaneira de Kobe admite discricionariedade **apenas em relação à escolha de medidas**. A discricionariedade em relação ao juízo sobre os requisitos legais em sanções disciplinares não foi concedida nesse caso.<sup>28</sup> A Corte não acatou a decisão administrativa, mas proferiu **seu próprio julgamento** de que as ações dos demandantes (funcionários nacionais) atendiam aos requisitos do art. 82, §1º, itens (1) e (3), embora a conclusão tenha sido a mesma. Isso foi feito apesar do item (3) empregar conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmter Rechtsbegriff*, no Direito alemão), tais como “má conduta que torne ele(a) inapto(a) para ser um(a) servidor(a) de todos os cidadãos”.

### 3.4 “Controle do processo de tomada de decisão” em relação à discricionariedade administrativa

#### 3.4.1 Julgado Nikkō Tarō Sugi

Em 1973, o Tribunal Superior de Tóquio proferiu um julgamento histórico (julgado<sup>29</sup> *Nikkō Tarō Sugi*<sup>30</sup>) no qual considerou ilegais decisões acerca do procedimento de

---

<sup>27</sup> Isso pode ser consequência do fato de que esse controle é a variação do controle “abusivo” em oposição ao controle “delimitador” da discricionariedade. Cf. KOBAYAKAWA, Mitsuo. Sairyō Mondai to Hōritsu Mondai [Questão de discricionariedade e questão de direito]. *HŌGAKU KYŌKAI HYAKUSHŪNEN KINEN RONBUNSHŪ [FESTSCHRIFT EM COMEMORAÇÃO AO 100º ANIVERSÁRIO DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DO JAPÃO]*, Tokyo v. 2, p. 342-344, 1983 (小早川光郎, 裁量問題と法律問題, 收於: 法学協会編, 法学協会百周年記念論文集第2巻, 頁342-344 [1983年]).

<sup>28</sup> Isso **não** significa que a Suprema Corte não conceda discricionariedade no juízo sobre os requisitos legais. Pelo contrário, muitas vezes isso acontece. JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1975 (Gyō-Tsu) 120, 32(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ [MINSHŪ]* 1223. Tóquio, 4 de outubro de 1978. (renovação do período de permanência por um estrangeiro - Caso McLean), e JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1985 (Gyō-Tsu) 133, 46(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ [MINSHŪ]* 1174. Tóquio, 29 de outubro de 1992. (Caso da Usina Nuclear de *Ikata*), são exemplos famosos de concessão de tal discricionariedade.

<sup>29</sup> *Tarō Sugi* é o nome da maior árvore conífera (*Sugi*) no santuário *Nikkō Tōshōgū* que leva o nome “*Tarō*”, um nome típico para primogênitos no Japão.

<sup>30</sup> JAPÃO. Tōkyō Kōtō Saibansho [Tribunal Superior de Tóquio]. 1969 (Gyō-Ko) 12, 24(6/7) *GYŌSEI JIKEN SAIBAN REISHŪ [GYŌSAIREISHŪ]* 533. Tóquio, 13 de julho 1973.

desapropriação de terras. A Prefeitura de *Tochigi* formulou um plano (*project plan*) para expandir uma rodovia nacional que contemplava um local de propriedade do *Nikkō Tōshōgu*, um santuário xintoísta famoso e historicamente importante, situado dentro de uma área de proteção especial baseada na Lei das Reservas Ambientais (*Natural Parks Law*). Uma vez que o santuário se recusou a vender o terreno voluntariamente, o Ministro da Construção autorizou o uso da desapropriação após ter recebido uma solicitação da Prefeitura. Destarte, o santuário moveu uma ação judicial. A controvérsia perante o Tribunal Superior foi decidir se o projeto atendia ao requisito da Lei de Desapropriação de Terras<sup>31</sup>, no sentido de que o plano deve “contribuir para o uso apropriado e racional da terra” (art. 20, item 3) (tradução nossa).

Tanto o tribunal de primeira instância (Tribunal Distrital de Utsunomiya)<sup>32</sup> quanto o Tribunal Superior de Tóquio consideraram ilegal a decisão do Ministro da Construção, mas os raciocínios empregados foram diferentes. Ambos os julgados interpretaram o referido requisito do art. 20, item 3, da seguinte forma: requer-se um balanço comparativo entre os benefícios públicos a serem obtidos com o uso da área contestada pelo projeto em questão e os danos sofridos por tal uso (esses danos incluem não apenas interesses privados, mas também interesses públicos em alguns casos). Apenas quando os primeiros (benefícios) excederem os últimos (danos), o requisito do art. 20, item 3, da Lei de Desapropriação de Terras, será atendido.<sup>33</sup> Desde então, essa interpretação vem sendo seguida, quase unanimemente, nas práticas judicial e administrativa, bem como entre os acadêmicos.

No entanto, enquanto o tribunal de primeira instância não admitiu a discricionariedade administrativa do Ministro da Construção, o Tribunal Superior de Tóquio a reconheceu. Não obstante, apresentou o seguinte critério de revisão para tais decisões discricionárias:

Pode haver casos em que o ministro, ao exercer o juízo sobre o requisito supramencionado, injusta e descuidadamente menospreze vários elementos e valores que devem merecer a máxima atenção desde o início, com a consequência de que careçam da devida consideração. Podem também haver casos em que o ministro considere fatores que não devem ser considerados ou supervalorize fatores menos significativos. Quando o juízo do ministro é influenciado por tais impropriedades, a decisão será considerada ilegal em

---

<sup>31</sup> JAPÃO. Lei nº 219 de 1951. *Tochi Shūyō Hō* [Lei de Desapropriação de Terras].

<sup>32</sup> JAPÃO. Utsunomiya Chihō Saibansho [Corte Distrital de Utsunomiya]. 1964 (Gyō-U) 4 & 1967 (Gyō-U) 2, 20(4) *GYŌSEI JIKEN SAIBAN REISHŪ* [*GYŌSAIREISHŪ*] 373. Utsunomiya, 9 de abril de 1969.

<sup>33</sup> O texto é citado a partir do julgado do Tribunal Superior de Tóquio, mas a compreensão do tribunal de primeira instância é praticamente a mesma.

função do erro no modo e no procedimento do exercício da discricionariedade. (tradução nossa)<sup>34</sup>

Baseado nesse critério, o Tribunal Superior examinou o real raciocínio da Prefeitura de *Tochigi* na elaboração do plano e o procedimento de exame do projeto pelo Ministro da Construção. Chegou à conclusão de que a decisão do Ministro: (i) injusta e descuidadamente menosprezou valores culturais e a importância da preservação do meio-ambiente, fatores que merecem a máxima atenção, carecendo, por conseguinte, da devida consideração; (ii) levou em conta o prognóstico do aumento do tráfego devido aos Jogos Olímpicos de Tóquio (1964), o que era um fator a ser desconsiderado porque o aumento seria apenas temporário; (iii) superestimou o risco de queda de árvores que pode ser causada por tufões e o atual enfraquecimento das condições de crescimento das árvores. Assim, o Tribunal Superior sintetizou “o modo e o procedimento” do exercício da discricionariedade pelo Ministro como “errôneos”. Concluiu que “se a avaliação tivesse sido realizada sem os referidos erros, o Ministro poderia ter chegado à conclusão final” (tradução nossa)<sup>35</sup>, e entendeu que a decisão ministerial era ilegal.

O julgado do Tribunal Superior de Tóquio chamou a atenção da comunidade acadêmica. A doutrina contemporânea entendeu que o julgamento teria introduzido “um novo método de controle judicial” das atividades administrativas discricionárias, através da perspectiva do controle do processo de tomada de decisão, ao invés de apenas ratificar a decisão administrativa ou dar ao tribunal o poder de decisão substancial em questões que confrontam a diversidade de valores na sociedade contemporânea.<sup>36</sup> Todavia, também se deve notar que, nos últimos anos, alguns doutrinadores têm levantado suspeitas sobre se a abordagem adotada pelo Tribunal

---

<sup>34</sup> JAPÃO. Tōkyō Kōtō Saibansho [Tribunal Superior de Tóquio]. 1969 (Gyō-Kō) 12, 24(6/7) *GYŌSEI JIKEN SAIBAN REISHŪ* [GYŌSAIREISHŪ] 533. Tóquio, 13 de julho 1973.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Veja, e.g., HARADA, Naohiko. *Hanhi-Tōkyō Kōhan Shōwa 48nen 7gatu 13nichi* [Comentário ao Julgado do Tribunal Superior de Tóquio, de 13 de julho de 1973]. *JURISUTO*, [S.L.], v.565, p. 41, 43, 1974 (原田尚彦, 判批 [東京高判昭和48年7月13日], ジュリスト, 565号 [昭和48年度重要判例解説], 頁43 [1974年]), SHIONO, Hiroshi. *Hanhi - Tōkyō Kōhan Shōwa 48nen 7gatu 13nichi* [Comentário ao Julgado do Tribunal Superior de Tóquio, de 3 de julho de 1973]. *HANREI HYŌRON*, [S.L.], n. 178, p. 21, 25, 1973 (塩野宏, 判批 [東京高判昭和48年7月13日], 判例評論, 178号, 頁25 [1973年]).

Superior não se limita ao controle do processo de tomada de decisão, mas, ao contrário, tem a tendência de impor o juízo de valor substancial dos tribunais.<sup>37</sup>

Embora o julgado *Nikkō Tarō Sugi* e sua abordagem do “controle do processo de tomada de decisão” (*Handan Katei Shinsa*) tenham recebido profunda atenção, não houve muitas decisões judiciais que a utilizaram e, subsequentemente, consideraram atividades administrativas como ilegais, até recentemente.<sup>38</sup>

### **3.4.2 A Suprema Corte: incorporação do “controle do processo de tomada de decisão” ao “controle a partir das ideias sociais geralmente aceitas”**

Por outro lado, a Suprema Corte parece ter incorporado alguns elementos do “controle do processo de tomada de decisão” em suas próprias decisões. No julgado de 8 de março de 1996 [Caso das Testemunhas de Jeová (*The Jehovah's Witness Case*)],<sup>39</sup> a Suprema Corte considerou que a decisão administrativa<sup>40</sup> de expulsão de um estudante da escola técnica municipal era ilegal. Nesse caso, o estudante havia se recusado a praticar *Kendō* (esgrima japonesa) em um curso de Educação Física, em função de sua crença religiosa. Assim, ele não conseguiu receber os créditos correspondentes ao curso, que era uma disciplina obrigatória. Ao final do ano letivo, o diretor da instituição de ensino determinou a manutenção do aluno na mesma classe, por mais um ano. No ano seguinte, a situação permaneceu a mesma e o estudante foi expulso da instituição, de acordo com a política escolar. O aluno ajuizou, então, uma ação de revogação da decisão administrativa.

---

<sup>37</sup> ABE, YASUTAKA. *GYŌSEI SAIRYŌ TO GYŌSEI KYŪSAI* [DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E REMÉDIOS ADMINISTRATIVOS]. Tokyo: Sanseido, 1987. p. 126-128. (阿部泰隆, 行政裁量と行政救済, 頁126、128 [1987年]).

<sup>38</sup> Uma das exceções pode ser o julgado da Barragem de *Nibutani* (JAPÃO. Sapporo Chihō Saibansho [Tribunal Distrital de Sapporo]. 1993 [Gyō-U] 9, 1598 *HANREI JIHŌ* [HANJI] 33. Sapporo, 27 de março de 1997), que confirmou decisão acerca de desapropriação de terras (art. 47-2 da Lei de Desapropriação de Terras) para um projeto de construção de uma grande barragem que também destruiria os “lugares sagrados” do povo indígena Ainu do Japão. A tradução em inglês desse julgamento por Mark Levin pode ser encontrada em LEVIN, M. *Kayano et al. v. Hokkaido Expropriation Committee: “The Nibutani Dam Decision”*. *International Legal Materials*, [Cambridge], v. 38, 1999, p. 394-435. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1635447](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1635447)>. Acesso em: 3 dez. 2020.

<sup>39</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1995 (Gyō-Tsu) 74, 50(3) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 469. Tóquio, 8 de março de 1996. Aqui e em outros acórdãos da Suprema Corte, os tradutores da versão em português baseiam-se na tradução não oficial dos julgados para o inglês constante do sítio eletrônico do próprio tribunal (<<https://www.courts.go.jp/english/index.html>>).

<sup>40</sup> Uma decisão administrativa contra o mesmo estudante, para mantê-lo na mesma classe por mais um ano, também foi considerada ilegal.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte baseou-se na premissa de que o diretor da escola possuía discricionariedade sobre tais decisões e que elas podem ser consideradas ilegais apenas “quando não possuem fundamento fático ou quando carecem de adequação à luz das ideias sociais geralmente aceitas, de modo que sejam vistas como uma extrapolação dos limites da discricionariedade, como um abuso de discricionariedade” (tradução nossa)<sup>41</sup>.

Contudo, após empregar a tradicional fórmula retórica anteriormente citada, a Suprema Corte enfatizou que a medida de expulsão deve ser escolhida “somente se for considerado imprescindível afastar o referido aluno da escola sob o ponto de vista pedagógico. Na apuração dos requisitos, portanto, o máximo de cuidado deve ser tomado, envolvendo ainda mais prudência do que quando outros tipos de medidas são escolhidos” (tradução nossa)<sup>42</sup>. O máximo cuidado deve igualmente ser tomado em relação à decisão administrativa de manter o estudante na mesma classe no ano seguinte.

A Suprema Corte considerou ainda que (i) a prática do *Kendō* pode não ser um requisito para escolas técnicas e que o objetivo pedagógico da Educação Física também pode ser alcançado em vias alternativas, e que (ii) a razão pela qual o estudante se recusou a praticar *Kendō* estava intimamente relacionada ao núcleo de sua fé, enquanto uma consequência de sua recusa em participar foi gravemente desvantajosa.<sup>43</sup>

O estudante solicitou repetidamente que seus professores oferecessem atividades alternativas, como redigir relatórios e afins, mas a escola técnica recusou categoricamente as solicitações. A Suprema Corte afirmou que:

À luz das supraditas características de cada uma das decisões, (...) consideração suficiente deveria ter sido dada à justiça (*rightness*) de oferecer qualquer atividade alternativa<sup>44</sup>, bem como ao modo e à maneira de fazê-lo, caso houvesse, e assim por diante, antes de cada uma das referidas decisões

---

<sup>41</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1995 (Gyō-Tsu) 74, 50(3) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [*MINSHŪ*] 469. Tóquio, 8 de março de 1996.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> A Suprema Corte primeiramente confirma que o caso não é sobre restrição direta da liberdade religiosa (Art. 20, § 1 da *NIHONKOKU KENPŌ* [KENPŌ] [CONSTITUIÇÃO]): “A liberdade de religião é garantida a todos. Nenhuma organização religiosa deve receber qualquer privilégio do Estado, nem exercer qualquer autoridade política” *per se*, porque nenhuma das decisões compele o estudante a “tomar medidas incompatíveis com a doutrina subjacente a sua fé, no que diz respeito ao seu conteúdo”. No entanto, de acordo com a Suprema Corte, elas são de tal natureza que o estudante “não teve escolha senão participar da prática do *Kendō*, que era uma atividade em conflito com a doutrina subjacente à sua fé, para evitar graves desvantagens infligidas por essas decisões” (traduções nossas).

<sup>44</sup> Como uma premissa, a Suprema Corte também confirma que tomar medidas alternativas não seria uma violação do artigo 20, § 3 da Constituição, que garante a separação entre religião e Estado.

ser proferida, mas não há prova de que quaisquer dentre tais considerações tenham sido dadas nesse caso. (tradução nossa)<sup>45</sup>

Em suma, a Suprema Corte considerou que o juízo do diretor da escola na execução das decisões administrativas acima, baseada na avaliação do professor, que não deu ampla consideração às atividades alternativas e que “não levou em conta as questões a serem consideradas, ou obviamente ficou aquém de racionalmente avaliar os fatos em apreço”, é ilegal, pois “extrapola os limites<sup>46</sup> da autoridade discricionária” (tradução nossa).

Aqui, a Suprema Corte empregou um método de controle judicial que examina se a Administração mediu e avaliou adequadamente as “questões a serem consideradas”, embora a decisão não utilize a expressão “processo de tomada de decisão”. A Suprema Corte também interpreta a norma e mostra as perspectivas para esse exame, a saber: (i) o dilema entre a expulsão da escola ou manutenção na mesma classe de um lado, e outras medidas disciplinares impostas, do outro, e (ii) a análise da situação do aluno a partir do ponto de vista da liberdade religiosa.

Em julgado da Suprema Corte de 2 de novembro de 2006<sup>47</sup>, sobre a aprovação de um projeto de planejamento urbano do Governo Metropolitano de Tóquio, relacionado à elevada estrutura de uma ferrovia urbana de alta velocidade, a Suprema Corte estabeleceu uma fórmula mais clara para revisão de decisões administrativas discricionárias:

Portanto, quando a Corte examina a legalidade da decisão de adotar um plano urbanístico em instalações da cidade ou do conteúdo da mudança do plano, ela deve considerar tal decisão ou mudança enquanto um exercício do poder discricionário concedido à autoridade administrativa, e deve encontrar ilegalidade em tal decisão ou mudança somente onde a decisão ou a mudança do órgão administrativo possa ser considerada uma extrapolação dos limites do poder discricionário ou um abuso de tal poder, em razão de que a decisão ou mudança (1)<sup>48</sup> carece de uma base factual indispensável devido a erros na apuração dos fatos com base nos quais a decisão foi tomada, ou em razão de que a decisão parece (2) significativamente inapropriada à luz das ideias sociais geralmente aceitas, porque (2-1) as apreciações dos fatos pelo órgão são obviamente desarrazoadas ou (2-2) o órgão não levou em consideração as

---

<sup>45</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1995 (Gyō-Tsu) 74, 50(3) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ [MINSHŪ]* 469. Tóquio, 8 de março de 1996.

<sup>46</sup> Aqui, a Suprema Corte usa “extrapolação dos limites da discricionariedade” ao invés de “abuso de discricionariedade”.

<sup>47</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2004 (Gyō-Hi) 114, 60(9) *Saikō Saibansho Minji Hanreishū [Minshū]* 3249. Tóquio, 2 de novembro de 2006.

<sup>48</sup> Os números entre parênteses foram inseridos não pela Corte, mas pelo autor do presente ensaio.

questões que deveriam ter sido consideradas no processo de tomada de decisão. (tradução nossa)<sup>49</sup>

Aqui, a Suprema Corte incorpora o controle do “processo de tomada de decisão” à tradicional fórmula das “ideias sociais geralmente aceitas”.<sup>50</sup> As decisões discricionárias podem ser declaradas ilegais pelos tribunais quando elas:

- (1) carecem de uma base fática indispensável (a premissa é de que os tribunais podem exercer *de novo* o controle da apuração de fatos)
- (2) são significativamente inapropriadas à luz das ideias sociais geralmente aceitas por conta de uma (2-1) apreciação obviamente desarrazoada dos fatos ou (2-2) uma falha na devida consideração das questões a serem consideradas no processo de tomada de decisão.

O supracitado julgado da Suprema Corte **não** considerou que a aprovação do plano urbanístico era ilegal. No entanto, empregando fórmulas similares, a Suprema Corte rejeitou duas decisões discricionárias relativas à permissão de uso de instalações públicas para outros fins.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2004 (Gyō-Hi) 114, 60(9) *Saikō Saibansho Minji Hanreishū* [Minshū] 3249. Tóquio, 2 de novembro de 2006.

<sup>50</sup> *Hiroyuki Hashimoto afirma que há pelo menos uma diferença teórica significativa entre a premissa do tipo de controle do julgado Nikko Tarō Sugi e a presente fórmula de controle da Suprema Corte. Uma vez que o primeiro julgado do Tribunal Superior de Tóquio revogou a decisão do Ministro, concentrando-se nos “modos e procedimento errôneos” da discricionariedade por ele praticada, há pelo menos uma possibilidade teórica de que o Ministro chegará à mesma conclusão novamente, desta vez, após uma consideração criteriosa.* KOBAYAKAWA, Mitsuo. *Hanhi - Tōkyō Kōhan Shōwa 48nen 7gatu 13nichi* [Comentário ao Julgado do Tribunal Superior de Tóquio, de 13 de julho de 1973]. *Bessatsu Jurisuto*, [S.l.], n.103, p. 120, 1989 (小早川光郎, 判批 [東京高判昭和48年7月13日], 冊ジュリスト, , 103号 [街づくり・国づくり判例百選], 頁120 [1989年]). *Hashimoto parece ser cético quanto ao fato de que a fórmula da Suprema Corte, no entanto, permitirá tal possibilidade de repetição.* Veja HASHIMOTO, HIROYUKI. *GYŌSEI HANREI TO SHIKUMI KAISHAKU* [PRECEDENTES DE DIREITO ADMINISTRATIVO E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA]. Tokyo: Kōbundō, 2009. p.152. (橋本博之, 行政判例と仕組み解釈, 頁152 [2009年]). Por outro lado, alguns autores expressamente afirmam tal possibilidade. Veja SHIONO, HIROSHI. *GYŌSEIHŌ II* [DIREITO ADMINISTRATIVO II]. 5. ed. ampl. Tokyo: Yūhikaku, 2013. p. 187. (塩野宏, 行政法 II, 5版補訂版, 頁187 [2013年]); UGA, KATSUYA. *GYŌSEIHŌ GAISETSU II* [INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO II]. 5. ed. Tokyo: Yūhikaku, 2015. p. 282. (宇賀克也, 行政法概説II, 5版, 頁282 [2015年]); OKITSU, Yukio. Article 33. In: MINAMI, H.et al. (Ed.). *JOKAI GYŌSEIJKEN SOSHŌHŌ* [COMENTÁRIOS À LEI DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]. 4. ed. Tokyo: Kōbundō, 2014. p. 674. (興津征雄, 第33条, 南博方等編, 条解行政事件訴訟法, 4版, 頁674 [2014年]).

<sup>51</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2003 (Ju) 2001, 60 (2) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 401. Tóquio, 7 de fevereiro de 2006; JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2005 (Gyo-Hi) 163, 61(9) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 3290. Tóquio, 7 de dezembro de 2007(permissão para a ocupação de uma área litorânea pública).

## 4. CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 4.1 Atuação interna e externa do princípio da proporcionalidade e os controles de necessidade e ponderação

Descrevemos até agora o desenvolvimento da fórmula do controle judicial da discricionariedade administrativa no Japão. Agora retornemos à pergunta feita no começo do presente artigo. O princípio da proporcionalidade funciona **fora** ou **dentro** do domínio da discricionariedade administrativa?

Conforme o exposto, o atual controle da discricionariedade administrativa da Suprema Corte incorpora o método de “controle do processo de tomada de decisão” à fórmula das “ideias sociais geralmente aceitas”. É esse tipo de controle de discricionariedade uma aplicação do princípio da proporcionalidade? A resposta para essa pergunta depende de como entendemos o dito princípio.

Como anteriormente mencionado, observamos duas funções principais da proporcionalidade: o controle de necessidade e o controle de ponderação. Também defendemos a premissa de que a discricionariedade administrativa pode apenas ser concedida no que se refere (i) à decisão sobre quais fatores devem ser considerados e sua ponderação ou no que tange (ii) à conclusão final para o caso (subsunção).<sup>52</sup> A questão da discricionariedade é separada da questão da interpretação da lei.

Sob essa premissa, a clássica fórmula das “ideias sociais geralmente aceitas” da Suprema Corte pode ser entendida como a realização de um tipo de **controle de ponderação**. Ela também funciona não no nível de interpretação da lei, mas no de aplicação, em sentido estrito. Nessa toada, tal fórmula pode ser considerada como um tipo de princípio da proporcionalidade vagamente aplicado,<sup>53</sup> que funciona “dentro” da discricionariedade.

---

<sup>52</sup> Cf. subtítulo 3.2.1.

<sup>53</sup> Veja MURATA, Hitoshi. Gyōseihō ni Okeru Hireigensoku [Princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo]. In: FUJIYAMA, Masayuki; MURATA, Hitoshi (Eds.) *Gyōsei sōshō* [CONTENCIOSO

E quanto ao “controle do processo de tomada de decisão”, que foi recentemente incorporado à fórmula das “ideias sociais geralmente aceitas”? A essência desse controle situa-se na determinação de quais fatores devem ser considerados e na ponderação desses fatores (2-1 no gráfico<sup>54</sup>). O tribunal supervisiona se o órgão administrativo conduziu esse procedimento adequadamente, podendo estabelecer uma tese jurídica geral sobre quais fatores devem ser considerados. Um fator pode ser classificado como sendo um dos (i) fatores que devem ser considerados, um dos (ii) fatores que não devem ser considerados, ou um dos (iii) fatores que podem ser considerados dependendo das circunstâncias. Essa classificação em si é o procedimento de interpretação do Direito, portanto situa-se “fora” da discricionariedade.

O tribunal pode ainda controlar a ponderação dos fatores. Se ele estabelece uma regra geral de prioridade no padrão de ponderação como uma tese jurídica geral, estará realizando um controle de ponderação, porém este logicamente precede a efetiva ponderação e funciona “fora” do domínio da discricionariedade.

#### **4.2 Cautela da Suprema Corte em estabelecer regras de prioridade**

No entanto, de modo geral, a Suprema Corte é bastante cautelosa em estabelecer regras claras de prioridade entre interesses diversos que levem a um rígido controle da discricionariedade.<sup>55</sup> Em um julgado<sup>56</sup> sobre a recusa da permissão para o uso de uma instalação de escola pública para fins diferentes do propósito original, a Suprema Corte declarou a decisão administrativa ilegal, mas absteve-se de estabelecer uma regra geral para o sopesamento de interesses.<sup>57</sup>

Vamos dar outro exemplo: um caso em que a legalidade de um projeto de planejamento urbano, elaborado pelo Governo Metropolitano de Tóquio para ampliar um parque público, foi

---

ADMINISTRATIVO E RECURSO ADMINISTRATIVO]. rev. Tokyo: Seirin Shoin, 2012. p. 87-88 (村田斉志, 行政法における比例原則, 收於: 藤山雅行、村田斉志編, 行政争訟, 改訂版, 頁87-88 [2012年]).

<sup>54</sup> Cf. subtítulo 3.2.1.

<sup>55</sup> YAMAMOTO, RYUJI. *HANREI KARA TANKYŪSURU GYŌSEIHŌ* [EXPLORANDO O DIREITO ADMINISTRATIVO ATRAVÉS DE PRECEDENTES]. Tokyo: Yūhikaku, 2012. p. 227 (山本隆司, 判例から探究する行政法, 頁227 [2012年]).

<sup>56</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2003 (Ju) 2001, 60 (2) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [*MINSHŪ*] 401. Tóquio, 7 de fevereiro de 2006..

<sup>57</sup> YAMAMOTO, 2012, op. cit., p. 227, 242-243.

questionado. O projeto tornou-se objeto de disputa, quando foi tomada a decisão de usar terras privadas na ampliação enquanto estavam disponíveis terras públicas. O Tribunal Distrital de Tóquio,<sup>58</sup> em primeira instância, considerou o plano urbanístico ilegal:

Quando uma propriedade privada ou sua propriedade pública adjacente estão disponíveis para certa finalidade pública, é notório que o fato de uma delas ser propriedade privada é um fator a ser considerado na escolha de qual terra usar. Nesse caso, a autoridade pública pode usar a terra privada apenas quando, por exemplo, a terra pública já é utilizada para outra finalidade administrativa, e quando tal uso é indispensável, porque não há alternativa, de modo que a necessidade de alcançar outro propósito administrativo supere a necessidade do parque. (tradução nossa)

Aqui, o Tribunal Distrital claramente aplicou o controle de necessidade do princípio da proporcionalidade. O tribunal de segunda instância,<sup>59</sup> o Tribunal Superior de Tóquio, revogou a decisão do Tribunal Distrital, em favor do réu, mas a Suprema Corte mais uma vez anulou e revogou a decisão do Tribunal Superior de Tóquio.<sup>60</sup> Sem embargo, a Suprema Corte não compartilhou do entendimento do tribunal de primeira instância de que o uso da propriedade privada é permitido somente quando a propriedade pública não está disponível. Em vez disso, enfatiza a exigência de racionalidade em “situar instalações de escala adequada em locais necessários” (tradução nossa).<sup>61</sup> A escolha entre propriedade pública e privada é apenas um dos fatores que **podem ser** considerados. Aqui, podemos observar a posição bastante cautelosa da Suprema Corte no estabelecimento de determinado princípio para o controle de necessidade ou de regras de prioridade no controle de ponderação, porque tais regras ou tal princípio podem levar à redução da flexibilidade da Administração. Assim sendo, a Suprema Corte não tratou do princípio da proporcionalidade nesse caso.

A avaliação do julgado da Suprema Corte no caso das Testemunhas de Jeová<sup>62</sup> é difícil nesse contexto. A Suprema Corte analisou a situação do ponto de vista da interpretação constitucional. Baseada em tal interpretação, enfatizou que a situação de dupla limitação do

---

<sup>58</sup> JAPÃO. Tōkyō Chihō Saibansho [Tribunal Distrital de Tóquio]. 1997 (Gyō-U) 47, 1835 *HANREI JIHŌ* [*HANJI*] 52. Tóquio, 27 de agosto de 2002.

<sup>59</sup> JAPÃO. Tōkyō Kōtō Saibansho [Tribunal Superior de Tóquio]. 2002 (Gyō-Ko) 234, 1845 *HANREI JIHŌ* [*HANJI*] 54. Tóquio, 11 de setembro de 2003.

<sup>60</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2003 (Gyō-Hi) 321, 1948 *HANREI JIHŌ* [*HANJI*] 26. Tóquio, 4 de setembro de 2006.

<sup>61</sup> Cf. JAPÃO. Lei nº 100, de 15 de junho de 1968. Toshi Keikaku Hō [Lei de Planejamento Urbano]. Art. 13, § 1º, item 11. A lei em si não foi aplicada na decisão da Suprema Corte, uma vez que o plano urbanístico tinha sido aprovado antes de o diploma entrar em vigor, mas o tribunal a aplicou como um princípio não escrito.

<sup>62</sup> Cf. subtítulo 3.4.2.

estudante – “ele não tinha escolha senão participar da prática do *kendō*, que era uma atividade em conflito com a doutrina subjacente à sua fé, para evitar desvantagens graves” (tradução nossa)<sup>63</sup> – é um fator que deve ser seriamente considerado. A decisão do diretor da escola, no entanto, “não lev[ou] em conta as questões a serem consideradas, ou obviamente fic[ou] aquém de avaliar racionalmente os fatos sob consideração” (tradução nossa), de acordo com a Corte. Se esse julgado pode ser conhecido por ter estabelecido uma regra de prioridade geral é uma questão em aberto.

### 4.3 Caso da sanção disciplinar *Kimigayo*

Também examinaremos esse ponto, a partir da análise de um caso recente da Suprema Corte que teria aplicado claramente o princípio da proporcionalidade [julgado de 16 de janeiro de 2012, Caso da sanção disciplinar *Kimigayo* (*Kimigayo Disciplinary Action Case*)].<sup>64</sup> Trata-se de julgado relativo a uma sanção disciplinar contra professores da rede pública de Tóquio que se recusaram a levantar e cantar *Kimigayo*, o hino nacional do Japão, durante cerimônias escolares (cerimônias de ingresso ou formatura). Alguns japoneses, incluindo professores, consideram que *Kimigayo* e *Hinomaru*, a bandeira nacional do Japão, estão intimamente conectados com a história do militarismo e imperialismo do país. Por outro lado, desde o final dos anos 1990, o Ministro da Educação considerou importante que a *Hinomaru* fosse hasteada nas cerimônias de escolas públicas e que *Kimigayo* fosse cantado. Em 2003, o Conselho de Educação do Governo Metropolitano de Tóquio expediu uma circular aos diretores das escolas públicas no sentido de que eles deveriam emitir uma ordem oficial contra os professores manifestantes, forçando-os a levantar e cantar *Kimigayo* durante ocasiões cerimoniais. A circular também pontuou que a desobediência da ordem oficial acarretaria sanção disciplinar. Apesar de não expressamente mencionada no dito documento, o Conselho de Educação possui uma política de emitir uma “admoestação” para a primeira ocorrência de desobediência, “redução de salário por um mês” para a segunda ocorrência, “redução de salário por seis meses” para a terceira, e “suspensão da função” para a quarta. A aplicação das medidas foi “uniforme

---

<sup>63</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1995 (Gyō-Tsu) 74, 50(3) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [*MINSHŪ*] 469. Tóquio, 8 de março de 1996.

<sup>64</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2011 (Gyō-Tsu) 263 & 2011 (Gyō-Hi) 294, 2417 *HANREI JIHŌ* [*HANJI*] 139. Tóquio, 16 de janeiro de 2012.

[...] e automática”.<sup>65</sup> Os autores da ação foram os professores que sofreram sanções disciplinares como consequência da referida circular.

Os demandantes, nesse caso, sofreram medidas disciplinares de “suspensão da função”. Eles argumentaram, além de outras coisas, que a ordem oficial de levantar e cantar era uma violação da liberdade de pensamento e consciência (art. 19 da Constituição do Japão),<sup>66</sup> mas a Suprema Corte já havia manifestado em decisões anteriores que a ordem era constitucional.<sup>67</sup> A Suprema Corte decidiu que o ato de permanecer em pé nas cerimônias tem uma natureza de um comportamento habitual e formal, não ligado inseparavelmente à visão da história ou à visão de mundo em si dos participantes, portanto a ordem não restringe diretamente a liberdade de pensamento e consciência individual. Entretanto, ao mesmo tempo, também observou que exigir que uma pessoa realize um ato que pressupõe uma manifestação de seu respeito a objetos que avalia negativamente (*Hinomaru, Kimigayo*) poderia ser uma “restrição indireta” à liberdade de pensamento e consciência.

Foi nesse cenário que o julgamento da Suprema Corte, de 16 de janeiro de 2012, foi proferido. Primeiramente, a Suprema Corte refere-se ao seu julgado anterior, para confirmar a constitucionalidade da ordem oficial. Em seguida, cita o julgado da Agência Aduaneira de Kobe<sup>68</sup> e outros precedentes, a fim de mostrar que houve discricionariedade administrativa na escolha de medidas quando a desobediência aconteceu.

Contudo, a Suprema Corte prossegue apontando que a recusa em levantar e cantar (o hino) provoca uma contradição entre a ação exigida pela ordem oficial e a conduta externa que provém das visões de mundo da pessoa. Também aponta que a mera recusa em ficar de pé, sem a prática de condutas disruptivas enérgicas, não impediria a realização da cerimônia, ao menos materialmente (*physically*).

Baseada nessa análise, a Suprema Corte faz uma distinção entre “admoestação” e outras medidas disciplinares, tais como redução de salário e outras mais severas, como a “suspensão

---

<sup>65</sup> Citado a partir do voto complementar escrito pelo *Justice* Tatsuko Sakurai.

<sup>66</sup> Art. 19 da NIHONKOKU KENPŌ [KENPŌ] [CONSTITUTION]. “A liberdade de pensamento e consciência não deve ser violada” (tradução nossa).

<sup>67</sup> E.g., JAPÃO. Saiko Saibansho [Suprema Corte]. 2010 (Gyō-Tsu) 54, 65(4) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 1780. Tóquio, 30 de maio de 2011.

<sup>68</sup> JAPÃO. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1972 (Gyō-Tsu) 52, 31(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 1101. Tóquio, 20 de dezembro de 1977.

da função”, nesse caso. “Considerações cuidadosas” são necessárias para esta última. Sanções de “suspensão da função” devem apenas ser autorizadas quando forem constatadas circunstâncias concretas que possam servir como uma base de adequação da escolha da medida, em vista do equilíbrio entre a necessidade de se preservar disciplina e ordem, e as desvantagens para a pessoa sujeita ao comando. A simples repetição do ato de não se levantar não será suficiente para constatar tais circunstâncias concretas.

Podemos observar aqui um argumento similar ao do julgado proferido no caso das Testemunhas de Jeová. A situação em torno dos demandantes, em relação a direitos constitucionais, é analisada de sorte que “considerações cuidadosas” são necessárias. Embora não cite de maneira expressa, a Suprema Corte certamente tem em mente um argumento de “restrição indireta” consoante ao exarado no julgado anterior. Por consequência, faz uma distinção entre diferentes sanções disciplinares, traçando uma linha entre “admoestação” e outras medidas disciplinares mais severas. Assim, a Suprema Corte estabelece uma tese jurídica geral no controle de ponderação, que pode ser legitimamente entendida como uma aplicação do princípio da proporcionalidade.

Ao estabelecer uma tese jurídica geral, também deve ser notado que a Suprema Corte emitiu, ainda, um sinal de alerta contra a aplicação “uniforme [...] e automática” de sanções disciplinares. Alguns autores avaliam esse sinal de alerta sob a perspectiva da proporcionalidade.<sup>69</sup>

Aqui podemos observar duas orientações distintas do princípio da proporcionalidade, no que se refere ao controle de ponderação. Por um lado, busca-se o estabelecimento de uma tese jurídica geral ao dar prioridade a um certo interesse. Por outro lado, tenta-se evitar um ônus excessivo com o estabelecimento de uma regra geral, buscando-se um julgamento adequado às circunstâncias individuais específicas.

---

<sup>69</sup> E.g. TSUNEOKA, Takayoshi. Shokumu Meirei Ihan ni Taisuru Chōkai Shobun to Shihō Shinsa (1) [Sanções disciplinares por desobediência a ordem oficial e controle de constitucionalidade (1)]. *JICHI KENKYŪ* [S.1.], v. 89, n.8, p. 36, 2013 (常岡孝好, 職務命令違反に対する懲戒処分と裁量審査(1), 自治研究, 89卷8号, 頁36 [2013年]).

## 5. CONCLUSÃO

O presente ensaio examinou o princípio da proporcionalidade, analisando se ele funciona interna ou externamente à discricionariedade administrativa e se realiza o controle de necessidade ou o controle de ponderação. O artigo também se baseia na premissa de que a discricionariedade administrativa tem lugar no procedimento de aplicação da lei em sentido estrito, distinto da interpretação da lei e da averiguação das circunstâncias, ambas as quais são reservadas ao Judiciário.

A Suprema Corte do Japão emprega a fórmula retórica das “ideias sociais geralmente aceitas” no controle judicial da discricionariedade administrativa, que é por vezes entendida com uma aplicação vaga do princípio da proporcionalidade. O controle, nesse caso, tende a ser brando, mas não há limite inerente quanto ao grau em que é aplicado.

Posteriormente, a Suprema Corte incorporou o método do “controle do processo de tomada de decisão” à fórmula das “ideias sociais geralmente aceitas”. Nesse método, o Judiciário extrai (i) fatores que devem<sup>70</sup> ser considerados, (ii) fatores que não devem ser considerados, ou (iii) fatores que podem ser considerados dependendo das circunstâncias, como resultado de uma análise jurídica. Esse método pode ainda designar a ponderação de fatores.

Notoriamente, o núcleo do princípio da proporcionalidade é a relação entre “meios e fins”. No tocante ao controle de necessidade, essa relação é autoevidente. Quanto ao controle de ponderação, a questão é se o tribunal se concentra em uma ponderação especial de um determinado interesse. A característica do princípio proporcionalidade no controle de ponderação é que um determinado interesse é colocado em um lado da escala e comparado com vários outros interesses. Confirmamos que a Suprema Corte está bastante relutante em realizar esses tipos de ponderação dúplice, porém o faz em casos específicos.

---

<sup>70</sup> Tal prioridade de um interesse particular deve ser derivada ou da Constituição ou da (interpretação da) lei. Veja YAMAMOTO, Ryuji. Gyōsei Sairyō no Handan Katei Shinsa [“Controle das questões a serem consideradas no processo de tomada de decisão” em relação à discricionariedade administrativa]. *GYŌSEIHŌ KENKYŪ*, [S.l.], n. 14, p. 11-12, 2016. (山本隆司, 行政裁量の判断過程審査, 行政法研究, 14号, 頁11-12 [2016年]).

Se tal ponderação é apropriada depende da conveniência (*desirable degree*) do controle judicial, assim como de uma compreensão da estrutura jurídica na área pertinente. Devemos estar cientes de que, enquanto essa ponderação dúplex providencia uma ferramenta eficaz para o controle judicial, ele também apresenta o risco de tornar invisível a real diversidade de interesses, entre várias partes interessadas. A questão da governança legítima no espaço urbano pode ilustrar esse risco.<sup>71</sup>

## REFERÊNCIAS

- ABE, Yasutaka. *Gyōsei Sairyō to Gyōsei Kyūsai [Discricionariedade administrativa e remédios administrativos]*. Tokyo: Sanseido, 1987. (阿部泰隆 [1987], 行政裁量と行政救済, 東京:三省堂。)
- HARADA, Naohiko. Hanhi - Tōkyō Kōhan Shōwa 48nen 7gatu 13nichi [Comentário ao Julgado da Corte Superior de Tóquio, de 13 de julho de 1973]. *Jurisuto, [S.l.]*, v. 565, p. 41-44, 1974. (原田尚彦 [1974], 判批 [東京高判昭和48年7月13日], ジュリスト, 565号 [昭和48年度重要判例解説], 41-44。)
- HASHIMOTO, Hiroyuki. *Gyōsei Hanrei to Shikumi Kaishaku [Precedentes de Direito Administrativo e interpretação sistemática]*. Tokyo: Kōbundō, 2009. (橋本博之 [2009], 行政判例と仕組み解釈, 東京: 弘文堂。)
- KADOMATSU, Narufumi. Gyoseihō ni Okeru Hō no Kaishaku to Tekiyō ni kansuru Oboegaki [Memorando sobre a interpretação/aplicação da lei no Direito Administrativo]. In: UGA, Katsuya; KŌKETSU, Hisashi (Eds.). *Gendai Gyoseihō no Kōzo to Tenkai [Estrutura e desenvolvimento do Direito Administrativo contemporâneo]*. Tokyo: Yūhikaku, 2016. p. 383-400. (角松生史 [2016], 行政法における法の解釈と適用に関する覚え書き, 收於: 宇賀克也、交告尚史編, 現代行政法の構造と展開, 頁383-400, 東京: 有斐閣。)
- \_\_\_\_\_. Legal management of urban space in japan and the role of the judiciary. In: ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. L.; EMERSON, B. (Ed.) *Comparative Administrative Law*. 2. ed. Northampton, MA: Edward Elgar, 2017. p. 497-512.
- \_\_\_\_\_. Nihon Gyōseihō ni Okeru Hireigensoku no Kinō ni Kansuru Oboegaki [Memorando sobre as funções do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo japonês].

<sup>71</sup> Cf. KADOMATSU, N. Legal management of urban space in Japan and the role of the judiciary [A gestão jurídica do espaço urbano no Japão e o papel do Poder Judiciário]. In: ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. L.; EMERSON, B. (Ed.). *Comparative Administrative Law*. 2. ed. Northampton, MA: Edward Elgar, 2017. p. 497-512.

*Seisaku Kagaku*, [S.l.], v. 21, n. 4, p. 191-200, 2014. (角松生史 [2014], 日本行政法における比例原則の機能に関する覚え書き, 政策科学, 21巻4号, 頁191-200。)

KOBAYAKAWA, Mitsuo. Hanhi -Tōkyō Kōhan Shōwa 48nen 7gatu 13nichi [Comentário ao Julgado da Corte Superior de Tóquio, de 13 de julho de 1973]. *Bessatsu Jurisuto*, [S.l.], n.103, p. 118-120, 1989. (小早川光郎 [1989], 判批 [東京高判昭和48年7月13日], 別冊ジュリスト, 103号 [街づくり・国づくり判例百選], 頁118-120。)

\_\_\_\_\_. Sairyō Mondai to Hōritsu Mondai [Questão de discricionariedade e questão de direito]. *Hōgaku Kyōkai Hyakushūnen Kinen Ronbunshū* [FESTSCHRIFT EM COMEMORAÇÃO AO 100º ANIVERSÁRIO DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DO JAPÃO]. Tokyo, v. 2, p. 331-360. Tokyo: Yūhikaku, 1983. (小早川光郎 [1983], 裁量問題と法律問題, 収於: 法学協会編, 法学協会百周年記念論文集第2巻, 頁331-360, 東京: 有斐閣。)

LEVIN, M. *Kayano et al. v. Hokkaido Expropriation Committee: “The Nibutani Dam Decision”*. *International Legal Materials*, [Cambridge], v. 38, 1999, p. 394-435. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1635447>>. Acesso em: 3 dez. 2019.

MINOBE, Tatsukichi. *Gyōsei Saibanhō* [Administrative litigation law]. Tokyo: Chikura-Shobo, 1929. (美濃部達吉 [1929], 行政裁判法, 東京: 千倉書房。)

\_\_\_\_\_. *Nihon Gyōseihō* [Direito Administrativo Japonês]. Tokyo: Yūhikaku, 1940. (美濃部達吉 [1940], 日本行政法, 東京: 有斐閣。)

MURATA, Hitoshi. Gyōseihō ni Okeru Hireigensoku [Princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo]. In: FUJIYAMA, Masayuki; MURATA, Hitoshi (Eds.) *Gyōsei Sōshō* [CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E RECURSO ADMINISTRATIVO]. rev. Tokyo: Seirin Shoin, 2012. p. 79-93. (村田斉志 [2012], 行政法における比例原則, 収於: 藤山雅行、村田斉志編, 行政争訟, 改訂版, 東京: 青林書院。)

OKITSU, Yukio. §Article 33. In: MINAMI, H.; TAKAHASHI, S.; ICHIMURA, H.; YAMAMOTO, R. (Ed.). *Jokai Gyōseijiken Sōshōhō* [Comentários à Lei de Contencioso Administrativo], 4. ed. Tokyo: Kōbundō, 2014. p. 661-698. (興津征雄 [2014], 第33条, 南博方、高橋滋、市村陽典、山本隆司編, 条解行政事件訴訟法, 4版, 頁661-698, 東京: 弘文堂。)

SHIONO, Hiroshi. *Gyōseihō I* [Direito Administrativo I]. 6. ed. Tokyo: Yūhikaku, 2015. (塩野 (2015), 行政法 I, 6版, 東京: 有斐閣。)

\_\_\_\_\_. *Gyōseihō II* [Direito Administrativo II]. 5. ed. ampl. Tokyo: Yūhikaku, 2013. (塩野宏 [2013], 行政法 II, 5版補訂版, 東京: 有斐閣。)

\_\_\_\_\_. Hanhi - Tōkyō Kōhan Shōwa 48nen 7gatu 13nichi [Comentário ao Julgado da Corte Superior de Tóquio, de 13 de julho de 1973]. *Hanrei Hyōron*, [S.l.] n. 178, p. 21-25, 1973. (塩野宏 [1973], 判批 [東京高判昭和48年7月13日], 判例評論, 178号, 頁21-25。)

- SUTO, Yoko. *Hirei Gensoku no Gendaiteki Igi to Kinō* [SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO E FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE]. Kyoto: Hōritsu Bunkasha, 2010. (須藤陽子[2010], 比例原則の現代的意義と機能, 京都: 法律文化社。)
- TAKAGI, Hikaru. *Gyōseiho* [Direito Administrativo]. Tokyo: Yūhikaku, 2015. (高木光 [2015], 行政法, 東京: 有斐閣。)
- TOULMIN, S. E. *The uses of argument*. 1 ed., rev. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- TSUNEOKA, Takayoshi. Shokumu Meirei Ihan ni Taisuru Chōkai Shobun to Shihō Shinsa (1) [Sanções disciplinares por desobediência a ordem oficial e controle de constitucionalidade (1)]. *Jichi Kenkyū*, [S.L.], v. 89, n. 8, p. 27-49, 2013. (常岡孝好 [2013], 職務命令違反に対する懲戒処分と裁量審査(1), 自治研究, 89巻8号, 頁27-49。)
- UGA, Katsuya. *Gyōseiho Gaisetsu II* [Introdução ao Direito Administrativo II]. 5. ed. Tokyo: Yūhikaku, 2015. (宇賀克也 [2015], 行政法概説II, 5版, 東京: 有斐閣。)
- WATARI, Tadasu. Rieki Kōryō Gata Shinsa to Hirei Gensoku [Controle de constitucionalidade com base no equilíbrio de interesses e o princípio da proporcionalidade]. *Hōgaku Kyōshitsu*, [S.L.], n. 339, p. 37-46, 2008. (巨理格 [2008], 利益衡量型司法審査と比例原則, 法学教室, 339号, 頁37-46。)
- YAMAMOTO, Ryuji. *Hanrei Kara Tankyūsuru Gyōseiho* [EXPLORANDO O DIREITO ADMINISTRATIVO ATRAVÉS DE PRECEDENTES]. Tokyo: Yūhikaku, 2012. (山本隆司 [2012], 判例から探究する行政法, 東京: 有斐閣。)
- \_\_\_\_\_. Gyōsei Sairyō no Handan Katei Shinsa [“Controle das questões a serem consideradas no processo de tomada de decisão” em relação à discricionariedade administrativa]. *Gyōseiho Kenkyū* [S.L.], n. 14, p. 1-24, 2016. (山本隆司[2016], 行政裁量の判断過程審査, 行政法研究, 14号, 頁1-24。)
- \_\_\_\_\_. Nihon ni Okeru Sairyō Ron no Henyō [Transformação da doutrina da discricionariedade no Japão]. *Hanrei Jihō* [Hanji], [S.L.], n. 1933, p.11-22, 2006. (山本隆司 [2006], 日本における裁量論の変容, 判例時報, 1933号, 頁11-22。)

### Decisões judiciais e legislação

- JAPÃO. DAI NIHON TEIKOKU KENPŌ [MEIJI KENPŌ] [CONSTITUIÇÃO] (1889). Disponível em: [INGLÊS] <<http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c02.html>>. Acesso em: 3 dez. 2019.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 100, de 15 de junho de 1968. Toshi Keikaku Hō [Lei de Planejamento Urbano]. Disponível em: [INGLÊS] <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1923&vm=02&re=01&new=1>>. Acesso em: 3 dez. 2019.

- \_\_\_\_\_. Lei nº 120, de 21 de outubro de 1947. Kokka Kōmuin Hō [Lei do Serviço Público Nacional]. Disponível em: [INGLÊS] <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2713&vm=02&re=01&new=1>>. Acesso em: 3 dez. 2019.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 139, de 16 de maio de 1962. Gyōsei Jiken Soshōhō [Lei do Contencioso Administrativo]. Disponível em: [INGLÊS] <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1922&vm=02&re=01&new=1>>. Acesso em: 3 dez. 2019.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 219 de 1951. Tochi Shūyō Hō [Lei de Desapropriação de Terras].
- \_\_\_\_\_. Lei nº 36 de 1948. Keisatsukan Shokumu Shikko Hō [Lei de Execução dos Deveres Policiais].
- \_\_\_\_\_. Lei nº 43 de 1948. Gyōsei Daishikkō Hō [Lei sobre Execução Alternativa pela Administração].
- \_\_\_\_\_. Lei nº 81 de 1948. Gyōsei Jiken Soshō Tokureihō [Lei Especial do Contencioso Administrativo].
- \_\_\_\_\_. NIHONKOKU KENPŌ [KENPŌ] [CONSTITUIÇÃO] (1947). Disponível em: [INGLÊS] <<http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c01.html>>. Acesso em: 3 dez. 2019.
- \_\_\_\_\_. Fukuoka Chihō Saibansho [Tribunal Distrital de Fukuoka]. 1994 (Gyō-Hi) 31, 1678 *HANREI JIHŌ* [HANJI] 72. Fukuoka, 26 de maio de 1998.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1951 (O) 685, 7(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 811. Tóquio, 3 de julho de 1953.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1953 (O) 745, 8(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 1501. Tóquio, 30 de julho de 1954.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1962 (O) 49, 18(5) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 745. Tóquio, 4 de junho de 1964.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1972 (Gyō-Tsu) 52, 31(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 1101. Tóquio, 20 de dezembro de 1977.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1975 (Gyō-Tsu) 120, 32(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 1223. Tóquio, 4 de outubro de 1978.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1985 (Gyō-Tsu) 133, 46(7) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 1174. Tóquio, 29 de outubro de 1992.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 1995 (Gyō-Tsu) 74, 50(3) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 469. Tóquio, 8 de março de 1996.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2003 (Gyō-Hi) 321, 1948 *HANREI JIHŌ* [HANJI] 26. Tóquio, 4 de setembro de 2006.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2003 (Ju) 2001, 60 (2) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 401. Tóquio, 7 de fevereiro de 2006.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2004 (Gyō-Hi) 114, 60(9) *Saikō Saibansho Minji Hanreishū* [Minshū] 3249. Tóquio, 2 de novembro de 2006.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2005 (Gyō-Hi) 163, 61(9) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [MINSHŪ] 3290. Tóquio, 7 de dezembro de 2007.

- \_\_\_\_\_. Saiko Saibansho [Suprema Corte]. 2010 (Gyō-Tsu) 54, 65(4) *SAIKŌ SAIBANSHO MINJI HANREISHŪ* [*MINSHŪ*] 1780. Tóquio, 30 de maio de 2011.
- \_\_\_\_\_. Saikō Saibansho [Suprema Corte]. 2011 (Gyō-Tsu) 263 & 2011 (Gyō-Hi) 294, 2417 *HANREI JIHŌ* [*HANJI*] 139. Tóquio, 16 de janeiro de 2012.
- \_\_\_\_\_. Sapporo Chihō Saibansho [Tribunal Distrital de Sapporo]. 1993 (Gyō-U) 9, 1598 *HANREI JIHŌ* [*HANJI*] 33. Sapporo, 27 de março de 1997.
- \_\_\_\_\_. Tōkyō Chihō Saibansho [Tribunal Distrital de Tóquio]. 1997 (Gyō-U) 47, 1835 *HANREI JIHŌ* [*HANJI*] 52. Tóquio, 27 de agosto de 2002.
- \_\_\_\_\_. Tōkyō Kōtō Saibansho [Tribunal Superior de Tóquio]. 1969 (Gyō-Ko) 12, 24(6/7) *GYŌSEI JIKEN SAIBAN REISHŪ* [*GYŌSAIREISHŪ*] 533. Tóquio, 13 de julho 1973.
- \_\_\_\_\_. Tōkyō Kōtō Saibansho [Tribunal Superior de Tóquio]. 2002 (Gyō-Ko) 234, 1845 *HANREI JIHŌ* [*HANJI*] 54. Tóquio, 11 de setembro de 2003.
- \_\_\_\_\_. Utsunomiya Chihō Saibansho [Tribunal Distrital de Utsunomiya]. 1964 (Gyō-U) 4 & 1967 (Gyō-U) 2, 20(4) *GYŌSEI JIKEN SAIBAN REISHŪ* [*GYŌSAIREISHŪ*] 373. Utsunomiya, 9 de abril de 1969.

比例原則在日本行政法的功能

角松生史\*

### 摘要

日本在兩次世界大戰期間，從德國引入比例原則。除了作為傍論之外，日本最高裁判所從未明白在判決中提及比例原則。然而，有一些判決實質上應用了比例原則。本文的主要問題是：比例原則是否對於行政裁量的範圍內外均有所作用，以及是否進行必要性與狹義比例原則審查。本文的論證基礎預設了行政裁量發生於行政機關適用法律的最狹義過程中，無關乎解釋法律或發現事實的過程，蓋後二者屬於司法審查的範疇。最高裁判所在審查行政裁量時採用「一般社會通念」的公式，並在此一經典的公式中融入了「審查決策過程」的概念。本文也檢視比例原則與此一審查架構的關係。關於必要性審查，目的—手段的結構作為比例原則核心乃不證自明。至於狹義比例原則的審查，其特色在於將特定的單一利益放在天平的一端，與其他各式各樣的利益進行比較。最高裁判所毋寧排斥進行這種二分式的利益衡量，但仍在特定案件中進行比較。這種衡量是否妥適取決於司法審查的可欲程度以及對該領域中法律結構的理解。這種二分式的衡量雖然提供司法控制一個有效的工具，但也凸顯了一種論證上的風險：將各種利害關係人的多元利益結構變成隱形不察。

關鍵詞：比例原則、行政裁量、控制決策過程、日本行政法。

---

\* 神戶大學法學院教授。

Data de Submissão: 01/08/2020

Data de Aceite: 10/08/2020