

PONDERAÇÃO, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE: POSTULADOS, NÃO PRINCÍPIOS

WEIGHTING, PROPORTIONALITY AND
REASONABILITY: POSTULATES, NOT PRINCIPLES

PONDERACIÓN, PROPORCIONALIDAD Y
RAZONABILIDAD: POSTULADOS, NO PRINCIPIOS

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A distinção entre princípios, regras e postulados e a aplicação do direito; 2.1 Princípios e regras; 2.2 Postulados normativos ou máximas; 3. A ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade como postulados normativos; 3.1 A ponderação; 3.2 A razoabilidade; 3.3 A proporcionalidade; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO:

A produção do direito é um processo complexo do qual muitos participam, quando o intérprete autêntico necessariamente completa o trabalho do legislativo; assim, o direito não é imediatamente criado quando o legislador completa o seu trabalho, mas sim produzido a partir de uma esmerada tarefa interpretativa que passa por diversos níveis de ação, não apenas o judicial. Neste sentido, o presente trabalho se debruça sobre a importância da compreensão das espécies normativas para a correta aplicação do direito, buscando colaborar na eliminação das confusões existentes entre princípios, regras e postulados, colocando a ponderação, a proporcionalidade e a razoabilidade alocadas nesta última categoria, retirando-lhe o “status” de princípio, como há muito é utilizado no

Como citar este artigo:

RAMIRO, Marcus.
Ponderação,
proporcionalidade
e razoabilidade:
postulados, não
princípios. Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 33, 2020,
p. 505-522.

Data da submissão:

09/08/2020

Data da aprovação:

28/12/2020

mundo do direito e corrigindo a possível insegurança jurídica advinda de tal equívoco conceitual.

ABSTRACT:

The production of law is a complex process in which many participate, when the authentic interpreter necessarily completes the work of the legislature; thus, the law is not immediately created when the legislator completes his work, but produced from a painstaking interpretive task that goes through several levels of action, not just the judicial one. In this sense, the present work focuses on the importance of understanding the normative species for the correct application of the law, seeking to collaborate in the elimination of the existing confusions between principles, rules and postulates, placing the weighting, proportionality and reasonability allocated in this last category, removing its “status” in principle, as it has long been used in the world of law and correcting the possible legal uncertainty arising from such a conceptual mistake.

RESUMEN:

La producción de lo derecho es un proceso complejo en el que muchos participan, cuando el intérprete auténtico necesariamente completa el trabajo de la legislatura; así, lo derecho no se crea de inmediato cuando el legislador completa su trabajo, sino que se produce a partir de una labor interpretativa minuciosa que atraviesa diferentes niveles de acción, no solo el judicial. En este sentido, el presente trabajo se enfoca en la importancia de comprender las especies normativas para la correcta aplicación de lo derecho, buscando colaborar en la eliminación de las confusiones existentes entre principios, reglas y postulados, colocando la ponderación, la proporcionalidad y la razonabilidad asignadas en esta última categoría, eliminando su “estatus” en principio, ya que se ha utilizado durante mucho tiempo en el mundo del derecho y corrigiendo la posible incertidumbre legal que surge de tal error conceptual.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípios; postulados normativos; ponderação, proporcionalidade, razoabilidade.

KEYWORDS:

Principles; normative postulates; weighting, proportionality, reasonableness.

PALABRAS CLAVE:

Principios; postulados normativos; ponderación, proporcionalidad, razonabilidad.

1. INTRODUÇÃO

O maior acesso aos meios de comunicação, a possibilidade de uma consulta rápida de conceitos e definições nos buscadores da internet, a pulverização de opiniões e manifestações nas Redes Sociais, trouxe uma grande facilidade de contato da população em geral com linguagens específicas das ciências, contato esse que, apenas com muito esforço, seria possível em tempos passados. Entretanto, o que parece, num primeiro momento um avanço positivo no acesso às informações, traz diversos problemas que ultrapassam os limites do senso comum e infiltram-se nos meandros científicos, trazendo uma debilidade semântica a várias palavras e conceitos que não poderia ser admitida àqueles que trabalham cientificamente com essas questões.

Vê-se isso ao se tratar de Justiça, Ética, Liberdade e tantos outros temas caríssimos à ciência e à filosofia, que até poderiam encontrar conotações equivocadas no senso comum, mas nunca na aplicação concreta nos ramos do conhecimento a que estão ligadas. Tal fenômeno pode parecer não ter reflexos importantes, mas a falta de clareza pode levar à incorreta aplicação do direito e, conseqüentemente ao seu distanciamento da justiça almejada.

A produção do direito é um processo complexo do qual muitos participam, quando o intérprete autêntico necessariamente completa o trabalho do legislativo; assim, o direito não é imediatamente criado quando o legislador completa o seu trabalho, mas sim produzido a partir de uma esmerada tarefa interpretativa que passa por diversos níveis de ação, não apenas o judicial. Desta forma, não somente as cortes superiores e as grandes decisões colegiadas deveriam vir acompanhadas de um forte embasamento sobre a natureza do direito, mas sim todos aqueles que dele fazem

parte e uso, a fim de que se complete a obra começada e se alcancem seus fins esperados.

As exposições tradicionais sobre a interpretação do direito geralmente se iniciam fazendo uma ligação direta com a sua compreensão. Mesmo que a interpretação em geral denote distintos significados, interpretar é, essencialmente, compreender, sendo, em sentido amplo, compreensão de signos linguísticos. Em sentido estrito, entretanto, interpretar assume uma conotação diferente. É da natureza da comunicação ensejar uma ou outra das seguintes situações: ou as palavras e expressões da linguagem nele utilizadas são suficientemente claras ou inexistente essa clareza, quando as dúvidas aparecem e complicam o sentido preciso de tais palavras e expressões.

É necessário então, nesta segunda situação, como pressuposto essencial à plenitude da compreensão, a determinação do significado das palavras e expressões de que se cuida, buscando precisar os seus sentidos; aqui, portanto, a interpretação (em sentido estrito) – como exercício complexo, distinto da pronta coleta de um específico significado – antecede, na medida em que viabiliza, a plenitude da compreensão. Interpreta-se em sentido estrito, para compreender, sendo que compreender é interpretar em sentido amplo. O equívoco conceitual leva à incorreta interpretação e conseqüente insatisfação da norma.

2. A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS E A APLICAÇÃO DO DIREITO

2.1 Princípios e regras

Grandes teóricos do direito há tempos vêm chamando a atenção daqueles que militam na seara jurídica sobre a importância da correta compreensão de conceitos fundamentais que alicerçam o mundo jurídico e as conseqüências do descuido em sua utilização. Por serem fundamentais, realmente se quer dizer que, uma vez utilizados incorretamente, tudo aquilo que foi construído a partir deste erro, corre o risco de ruir e, ao ruir, afetar não apenas aqueles que estavam intimamente ligados à demandas específicas, mas a todo o sistema e sua segurança.

Nesta linha de pensamento, a distinção conceitual das espécies normativas, há muito destacadas pela Teoria do Direito, parece que apenas agora, quando se vê às voltas de um “direito principiológico”, recebe a

atenção que deveria ter merecido desde sempre. Neste sentido, a distinção entre princípios, regras e postulados (ou máximas) nunca urgiu tanto de compreensão a fim de que, ao tomar um pelo outro, se dê um peso equivocado a si, seja por fugir da vontade do legislador originário, seja por desprezar a formação da teoria tradicional, que embasa o ordenamento jurídico como um todo e lhe dá sentido, manejo e teleologia.

Para Alexy (2008, p. 86) “essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”, sendo que sem se valer corretamente de tal compreensão há uma ameaça à segurança jurídica, sendo ela essencial não apenas para uma dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também a divisão de competências entre tribunal constitucional e parlamento.

Há diversas propostas para tal compreensão. Ávila (2005) apresenta os critérios usualmente empregados para tal distinção, dispondo-os como critério hipotético-condicional, critério do modo final de aplicação, critério do relacionamento normativo e o critério do fundamento axiológico, todos eles apontando para qualidades a serem examinadas cuidadosamente pela Ciência do Direito, e, por ele, feitas considerações e acréscimos essenciais para sua correta compreensão, trazendo, por fim, sua própria proposta de dissociação (que exporemos mais adiante).

Tradicionalmente, o critério do caráter hipotético-condicional defende que enquanto as regras possuem hipóteses e consequências que determinam a decisão, os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto. Já o critério do modo final de aplicação aponta que enquanto as regras devem ser aplicadas de modo absoluto, os princípios devem ser aplicados de modo gradual. Por sua vez, o critério do conflito normativo aponta que enquanto em conflitos entre regras o meio de solução é a declaração de invalidade, ou então a criação de uma exceção, no conflito entre princípios a solução é alcançada através da ponderação.

Alexy (2008) também apresenta tais distinções, criticando fortemente as várias diferenciações tradicionais, apresentando-as como obscuras, vacilantes e seguidas de muita polêmica. Segundo ele, a confusão inicial se dá por não se apresentar realmente, muitas vezes, uma distinção entre regra e princípio, mas sim entre norma e princípio, o que seria equivocada-

do, uma vez que, para ele, tanto a regra como o princípio são normas (ou seja, expressões deônticas básicas do dever); quando se fala de distinguir princípio e regra, trata-se de uma distinção a ser feita entre duas espécies de normas.

O primeiro critério apontado por Alexy é o critério da generalidade, segundo o qual “os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (2008, p. 87); outros critérios são o da determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento (normais criadas e normas desenvolvidas), o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito e a importância para a ordem jurídica.

Apresentados tais critérios, Alexy indica três diferentes teses sobre tal distinção tradicional entre regras e princípios. A primeira traz que qualquer tentativa de propor simplesmente uma diferenciação das normas em duas classes estaria incorreta, pois os critérios que permitem diferenciações gradativas podem ser combinados de tantas maneiras, apresentando algo tão heterogêneo que a diferenciação se perderia; a segunda apresenta que a divisão entre regras e princípios seria apenas de grau, quando a generalidade se torna decisiva para a distinção; e a terceira traz que as normas podem ser distinguidas entre regras e princípios, mas que a diferença entre elas não é gradual, mas qualitativa, sendo essa, segundo Alexy, a correta.

A partir daí, ele desenvolve o seu critério dissociativo, colocando como ponto essencial o que ele chama de “mandamentos de otimização”. Para ele, os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90); são então mandamentos de otimização dependentes das possibilidades fáticas e jurídicas para sua satisfação. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, uma vez existente no mundo jurídico, deverá ser feito aquilo que ela exige.

Mas a grande diferenciação fica realmente aparente quando há colisão entre princípios e conflito entre regras, cuja solução evidencia suas diferenças. No conflito entre regras, salvo se houver alguma cláusula de exceção ao seu cumprimento, uma delas terá de ser declarada inválida, seja pelo uso do “lei posterior derroga lei anterior” ou “lei especial derroga lei geral” ou (nos Estados onde houver) “lei federal supera lei estadual”.

Já quando se trata de colisão entre princípios, a solução é completamente diferente. Para Alexy, se há colisão, um dos dois terá de ceder, sem contudo, nada ser dito sobre invalidade; a solução estará então no peso diferente de cada princípio, a partir de sua precedência, motivo pelo qual – como se falará no capítulo seguinte – usar-se-á o “sopesamento” para se tratar de tais soluções (por se tratar de questão do peso diferente que cada um possui frente à demanda). Assim, conflito entre regras se dá na validade e, entre princípios, no peso.

No mesmo sentido, Canotilho, mostrando sua concordância com Alexy e Dworkin sustenta que as diferenças qualitativas entre princípios e regras jurídicas podem ser traduzidas nos seguintes aspectos:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual; a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem como as regras à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço aberto para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais, nem menos. (CANOTILHO, 1991, p. 173)

Voltando ao pensamento de Ávila (2005), para ele é imperativo que haja critérios de dissociação para que se retire do intérprete o peso total da aplicação da norma. Suas propostas de dissociação são mais detalhadas, sendo divididas em: critério da natureza do comportamento prescrito, critério da natureza da justificação exigida e critério da medida de contribuição para a decisão.

O primeiro critério pede que se olhe para o modo como a norma prescreve o comportamento; ao olhar esse critério percebe-se que as regras são normas imediatamente descritivas, estabelecendo obrigações, permissões ou proibições diretas; já os princípios são normas imediatamente fi-

nalísticas, que estabelecem “um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos” (ÁVILA, 2005, p; 63), um fim juridicamente relevante (sem prever esse comportamento), estabelecendo um estado ideal de coisas a ser atingido para cuja realização será necessário determinadas condutas. As regras não são imediatamente finalísticas, mas mediatamente finalísticas, pois colaboram, em parte para o alcance de tal fim. Os princípios são então normas deôntico-teleológicas (deve ser feito para se alcançar um fim) e as regras, normas deôntico-deontológicas (deve ser feito porque deve ser feito): “as regras preveem condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios preveem fins cuja realização depende de condutas necessárias.” (Ibid, p. 65)

O princípio do Contraditório e da Ampla Defesa se encaixa bem como exemplificação; o que se pretende com o princípio é que nunca haja um julgamento sem que a outra parte seja ouvida e tenha a possibilidade de se manifestar e apresentar seus argumentos. Todas as possibilidades de manifestação expostas nas leis são regras que descrevem comportamentos específicos dos sujeitos processuais para que o princípio alcance sua finalidade, ou seja, a diferenciação entre o princípio e a regra se dá aqui claramente pela natureza do comportamento prescrito.

O segundo critério chama a atenção para a justificação exigida; no caso das regras, por se tratarem de normas com uma maior determinação do comportamento, o aplicador deve sempre argumentar, justificar, apresentar uma avaliação de correspondência entre o fato regulado, a construção conceitual da norma e a finalidade que lhe dá suporte; já nos princípios, a justificação fica por conta da correlação entre o estado de coisas almejado e os efeitos da conduta necessária. Apresentam-se aqui as regras como normas primariamente retrospectivas, pois justificam-se a partir de um fato conhecido pelo legislador e os princípios como primariamente prospectivos, vez que determinam um estado de coisas a ser construído.

Em seguida, apresenta-se a dissociação entre regras e princípios quanto ao modo como contribuem para a decisão. Os princípios são aqui apresentados como preliminarmente complementares e parciais, não gerando solução específica, mas contribuindo para a tomada de decisões; ao passo que as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes, abrangendo todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão. Um

princípio traria, por exemplo, que deveriam estar excluídos da tributação todos os objetos que fossem necessários à manifestação da liberdade através do pensamento ou da arte, gerando conflito quanto a quais objetos estariam incluídos ou não, não colaborando, no caso, para uma fácil decisão; já uma regra indicaria claramente quais são esses objetos.

A partir de tudo isso, conclui Humberto Ávila, em trecho necessariamente a ser transcrito:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2005, p. 70)

Os princípios são então normas que estabelecem um fim a ser atingido, uma orientação prática, a fixação de um conteúdo a ser pretendido, a realização de uma situação ou estado de coisas, não sendo um “ponto final”, mas algo desejado, e que para ser mantido necessita da constância, podendo se perder ao não cumprimento das regras que lhe garantem a manutenção da finalidade. Os princípios instituem, pois, comportamentos sobre os quais pode haver incerteza quanto ao conteúdo, mas não quanto à espécie.

2.2 Postulados normativos ou máximas

Esclarecidas as diferenças entre princípios e regras, resta ainda a análise dos postulados normativos. O tema vem à tona, pois é muito comum se encontrar na doutrina e na jurisprudência, postulados normativos tratados como princípios, o que lhes denota uma natureza diversa de sua função no ordenamento jurídico, conferindo-lhe peso e força que não possuem. Numa simples busca na jurisprudência dos Tribunais Superiores pelo verbete “Princípio da Proporcionalidade” se verá a utilização

equivocada do termo, visto que a proporcionalidade não impõe a promoção de um fim nem prescreve comportamentos, mas tão somente modos de raciocínio e de argumentação referentes à normas que indiretamente prescrevem tais comportamentos.

Ávila (2005) utiliza o termo “postulados”; Alexy (2008) utiliza “máximas”, mormente para apresentar a máxima da proporcionalidade como forma de sopesamento quando norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico. Seja num caso como noutro a intenção é a mesma: não podem se confundir princípios com postulados (ou máximas).

Para Ávila (2005), ao se falar de postulados, estamos no campo das metanormas, “deveres que situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras” (p. 88), ou como preferem outros doutrinadores, normas metódicas ou de legitimação. Num rigor conceitual, quando a proporcionalidade, a razoabilidade ou a eficiência não são respeitados, não há, em verdade, violação de postulados, mas sim das normas, que deixam de ser corretamente aplicadas conforme a Teoria do Direito por falta da utilização adequada dos postulados que garantem sua aplicação. Não há no caso um “mandamento de otimização” (como exige Alexy nos princípios), mas apenas uma necessidade e adequação que decorrem da natureza inerente dos princípios em face de suas possibilidades fáticas e jurídicas.

Da mesma forma, não devem ser categorizados como regras (no sentido proposto por Alexy, Dworkin e Ávila), pois estas são imediatamente descritivas de comportamentos ou atributivas de poder, ao passo que aqueles não descrevem comportamentos, mas apenas estruturam a aplicação das normas que os prescrevem. Além disso, não há subsunção na aplicação dos postulados, mas sim um árduo trabalho de ordenação de vários elementos que não geram a decisão, mas auxiliam a prepará-la. Assim, os postulados normativos ou máximas apresentam-se como deveres estruturais que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles conjugando razões substanciais para a aplicação das normas.

Tal esmero intelectual na aplicação dos postulados, os coloca longe de serem chamados de técnicas jurídicas, caso em que se estaria fazendo uma inferiorização de um trabalho que exige do jurista um dedicado

aporte científico e filosófico (como se verá adiante) para se conseguir, a contento, sopesar, ponderar sobre aquilo que de mais importante há no ordenamento jurídico. A técnica, apesar de ter sua importância dentro das habilidades necessárias ao bom jurista, trata-se de um nível inferior de conhecimento, catalogado como mero aprimoramento do saber-fazer, em nada se assemelhando às exigências dos postulados e máximas jurídicas na aplicação de regras e princípios, métodos avançados de alto cunho científico.

3. A PONDERAÇÃO, A RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADOS NORMATIVOS

Os postulados normativos não funcionam todos da mesma forma; como dito acima, não há subsunção aqui, mas um árduo trabalho do aplicador na ordenação de vários elementos que auxiliam na preparação da decisão. Muitas vezes, exige-se o relacionamento entre elementos sem especificar quais são os critérios que devem orientar a relação entre eles. A ponderação exigirá o sopesamento de elementos, não indicando, entretanto, como deverá ser feita tal medida; a razoabilidade somente será aplicável em situações em que se manifeste o conflito entre o geral e o individual; já a proporcionalidade apenas será aplicável nos casos em que exista relação de causalidade entre um meio e um fim, ou seja, é um trabalho complexo a ser desenvolvido pelos juristas em geral e para o qual, muitas vezes, nenhuma das partes foi preparada adequadamente, o que se torna um grande problema.

3.1 A ponderação

A ponderação de bens jurídicos consiste num método que busca atribuir pesos a elementos correlatos sem uma referência material específica que oriente este sopesamento, sendo necessário então inserir alguns critérios sem os quais a ponderação se tornaria inútil. Mesmo identificando inicialmente os elementos que são objetos da ponderação que, embora relacionados entre si, ainda assim podem ser dissociados, ela continuará a ser um postulado complexo para a estruturação e conflitos de normas constitucionais, quando são geralmente mais usados os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Mesmo assim, importa se debruçar sobre a ponderação de bens jurídicos e verificar como se dá sua aplicação.

Segundo Ávila (2005) sejam quais forem os elementos objeto da ponderação, há que se preparar uma intensa estrutura e organização para fazê-lo. Primeiramente é necessária uma “preparação da ponderação” quando devem ser exaustivamente analisados todos os elementos e argumentos envolvidos, indicando de antemão aquilo que será objeto do sopesamento – ponto essencial para que se possa dar fundamentação às decisões – exigência intrínseca ao estado de direito. Da análise e indicação, proceder-se-á o sopesamento, fundamentando a relação que foi estabelecida entre os elementos, no caso dos princípios, indicando a relação de primazia entre eles; por fim, há que se fazer a reconstrução da ponderação mediante a formulação de regras de relação que, inclusive, possam ser aplicadas em outros casos, em tese.

A dificuldade de aplicação aqui é evidente; e justamente por essa dificuldade, desguarnecida de critérios específicos e por serem estruturas exclusivamente formais, que a ponderação geralmente vem acompanhada da concordância prática e da proibição do excesso. Na primeira, busca-se a harmonia necessária – num estado de direito – entre valores, parcial ou totalmente contrários, devendo coexistir, buscando encontrar uma otimização entre valores em conflito. Já a proibição do excesso indica que uma regra ou princípio constitucional não pode ser restringido ao ponto de não lhe deixar um mínimo de eficácia, caso em que a ponderação “indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, regra ou princípio” (ÁVILA, 2005, p. 97). São casos, muitas vezes encontrados no Supremo Tribunal Federal, em que não se investiga a legitimidade, a adoção de medidas, nem a adequação ou proporcionalidade (em sentido estrito), mas apenas se verifica que nenhuma medida pode restringir excessivamente um direito fundamental, sejam quais forem as razões apresentadas.

3.2 A razoabilidade

A razoabilidade, assim como acontece com a ponderação e a proporcionalidade, se confundem nos tribunais não apenas em sua caracterização como princípio (ao invés de postulado), mas também na utilização como sinônimo de proporcionalidade; diferentemente do primeiro equívoco, que dá ao postulado fundamentos axiológicos bem diversos do que realmente tem (ao lhe atribuir categoria de princípio), a confusão com a

proporcionalidade não traz problemas insolúveis, cabendo a diferenciação apenas por critérios cuidadosos apresentados pela Teoria do Direito, mas que não maculam, no todo, sua utilização no mundo jurídico.

A razoabilidade pode ser apresentada, conforme Ávila (2005), como diretriz de relação entre normas gerais com individuais, como vinculação das normas jurídicas com o mundo do qual fazem parte, bem como em relação de equivalência entre duas grandezas.

No primeiro caso, exige-se uma harmonização entre a norma geral e o caso individual, ou seja, tem-se uma norma geral e não há exceção prevista ao seu cumprimento; entretanto, um caso superveniente, mesmo não previsto, faz com que caiba uma exceção, tendo em vista a razoabilidade do caso, ou melhor, quando não seria razoável não se aceitar tal exceção. Parece-se muito subjetivo o seu uso, entretanto, a função do postulado, aplicado mormente na interpretação das regras jurídicas, é buscar, pela sua aplicação, a preservação de princípios axiologicamente ligados ao caso, quando a interpretação sem a razoabilidade levaria à restrição de tal princípio e a exceção não acarretaria grandes problemas à demanda.

Interessante de se notar que, a maioria das vezes, a razoabilidade necessita chegar às instâncias superiores para ser aplicada, não encontrando muito lugar nos juízos de primeiro grau, o que demonstra, numa apertada – mas não forçada – análise, que a razoabilidade é, como já dito acima acerca dos postulados, uma exercício árduo dos envolvidos com as demandas jurídicas, requerendo, muitas vezes uma análise colegiada para que venha a prevalecer. De qualquer forma, neste primeiro caso, a presença da razoabilidade demonstra “que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para a sua aplicação.” (ÁVILA, 2005, p. 106.)

O segundo caso apresenta a razoabilidade como exigência de harmonização das normas com suas condições externas de aplicação, ou seja, deve haver um suporte empírico para que ela ocorra; caso isso não aconteça não seria razoável sua aplicação. Em outras palavras, a razoabilidade também se aplica quando não se encontra correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada.

O presente trabalho não apresenta muitos exemplos aos casos, buscando se valer do plano das ideias para justificar as teorias apresentadas, mas neste caso, ante à complexidade da apresentação do critério, vale um exemplo trazido por Ávila de uma lei que atribuía o acréscimo de um ter-

ção de férias a servidores inativos, norma que, pela razoabilidade não pôde prosperar, uma vez que só se tem férias, quem tem férias. Estaria aqui ocorrendo uma violação do princípio da igualdade ao se tratar desiguais de maneira igual, não sendo razoável fazê-lo, mesmo que tenha querido o legislador.

Aplica-se ainda a razoabilidade como equivalência, ou seja, mesmo onde a norma não estabelece critérios claro, deve haver equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, como no caso da fixação de penas conforme a culpabilidade do agente.

3.3 A proporcionalidade

Ao se tratar do postulado (ou máxima) da proporcionalidade, estamos mormente falando da colisão entre princípios, cujo método se apresenta dividido em três formas ou, conforme Alexy (2008), em três máximas parciais, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade (em sentido estrito). Vale destacar que a proporcionalidade aqui apresentada não deve ser confundida com a ideia de proporção trazida pelo senso comum. Tal postulado aplica-se exclusivamente em situações em que há uma relação de causalidade entre meio (o efeito de uma ação) e fim (a promoção de um estado de coisas) e se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Um meio será considerado adequado se promove um fim; será necessário se, dentre todos os meios igualmente adequados para alcançar o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais e, proporcional (em sentido estrito) se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca (Ávila, 2005). O exame da proporcionalidade será aplicado toda vez que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, quando devem ser analisadas as possibilidades de a medida realizar a finalidade, de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos e de a finalidade ser tão vantajosa que justifique tamanha restrição.

A análise da adequação verifica-se se a medida adotada é a que melhor atende aos fins, ou seja, se a medida escolhida, dentre aquelas que no caso concreto poderiam ter sido aplicadas, é a que melhor atende aos imperativos de um Estado Democrático de Direito.

Pela necessidade se impõe ao aplicador que se adote no caso de conflitos de direitos fundamentais, a medida, dentre as possíveis a atender aos fins, a que cause o menor prejuízo à coletividade, ou seja, implica em saber se a medida adotada é efetivamente necessária. A análise da necessidade envolve a verificação da existência de meios alternativos aos escolhidos inicialmente pelo Legislativo ou Executivo e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.

Para demonstrar a utilização da máxima da necessidade, Alexy apresenta uma constelação simples, mas muito esclarecedora, caracterizada pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de direito, o Estado e o cidadão:

Ela tem a seguinte estrutura: o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P2 – exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. Nesse sentido, P1 não exige que se escolha M1 em vez de M2, nem que se escolha M2 em vez de M1. Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2, exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida em M1 é proibida. (ALEXY, 2008, p. 119)

O exame da necessidade apresentado (dentre todos os meios igualmente adequados para alcançar o fim, e aquele que é o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais) permite privilegiar M2 em detrimento de M1.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, ou seja, verifica-se se o grau da importância

justifica o grau de restrição, ou seja, as vantagens e desvantagens em pre-
valecer um ou outro direito fundamental.

Como já apresentado, “os princípios são mandamentos de otimiza-
ção em face de possibilidades jurídicas e fáticas” (Alexy, 2008), e, ao se tra-
tar da proporcionalidade em sentido estrito, fala-se então da relativização
em face das possibilidades jurídicas, ou seja, quando uma norma de direi-
to fundamental, um princípio, colide com outro antagônico, fazendo-se
daí necessário um sopesamento.

Em suma, a aplicação da proporcionalidade permite ao aplicador
invalidar atos legislativos ou administrativos quando não haja adequa-
ção entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação), a
medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos
gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade) ou não haja pro-
porcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é
de maior relevo do que aquilo que se ganha.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo não pretende esgotar as discussões acerca das di-
ferenças conceituais entre as espécies normativas – o que nem caberia no
meio escolhido para estudá-las – mas chamar a atenção para a sua im-
portância e colocar, num primeiro momento, a coisas em seus devidos
lugares, a fim de que o processo interpretativo alcance seus objetivos e
a norma jurídica encontre satisfação, com conseqüente cumprimento de
sua vontade dentro do estado democrático.

A insistente batalha dos teóricos do direito na implementação
de tais clarezas conceituais, não deve ser entendida como um mero pre-
ciosismo, mas ante um cenário em que os princípios encontram lugar de
destaque na interpretação do direito, algo imperativo para que se alcance
a segurança jurídica necessária nas decisões. A aplicação direta de princí-
pios para solução de casos concretos choca-se com sua natureza prospetiva
e exigência de complementariedade, justamente dada pelas regras. As
regras, devidamente alocadas dentro do ordenamento jurídico possuem
função clara, sendo que haverá perigo iminente se o intérprete, valendo-se
equivocadamente dos métodos oferecidos pela teoria do direito, faz, a seu
bel prazer sua própria ligação do estado de coisas a ser promovido com os
efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Outrossim, alçando as máximas ou postulados normativos à categoria de princípios, se lhe atribuiu função e força que não possuem, rompendo com a virtuosidade necessária do ordenamento para o seu correto funcionamento; estar-se-ia exigindo a existência de um princípio para que outro princípio pudesse ser aplicado, gerando um círculo vicioso impossível de se romper. Quando se fere a máxima, o princípio não deixa de existir e os mecanismos de calibragem do ordenamento jurídico podem garantir, mesmo que com dificuldade, sua realização em última análise; se alçado à categoria de princípio fosse, sua não observância feriria de morte o caso em questão, não sendo encontrado remédio que lhe salvasse da necessidade de, tudo invalidado, haver de se começar de novo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2.

ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 1. ed. Bauru: Edipro, 2003.