

A APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA PONDERAÇÃO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Diego Bianchi de Oliveira¹
Carlos Eduardo Malinowski²

OLIVEIRA, D. B. de; MALINOWSKI, C. E. A aplicação dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade na ponderação princípios constitucionais. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umarama. v. 16, n. 1, p. 113-126, jan./jun. 2013.

RESUMO: Diante de um conflito de princípios constitucionais ou direitos fundamentais, o julgador ou aplicador do direito precisa de um instrumento hábil para cumprir a necessidade de fundamentação de sua decisão imposta pela Constituição brasileira. Destarte, a partir de um estudo sobre as acepções sistêmicas do direito, na qual se buscou diferenciar valor, princípios e regras, definiu-se a relevância e o alcance dos princípios gerais e os princípios constitucionais no ordenamento jurídico pátrio, e tendo em vista o grau de abstração dos princípios que permitem que estes sejam sopesados. Assim, a presente pesquisa buscou analisar se teoria da ponderação e a aplicabilidade dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade seria instrumento adequado e hábil, objetivando solução desses conflitos entre princípios constitucionais/direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Valor e normas. Princípios e regras.

INTRODUÇÃO

Ao se discutir, hodiernamente, sobre a fundamentação das decisões judiciais, tendo em vista o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, que prevê que todas as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas, nada está mais em voga do que a aplicação da ponderação de princípios constitucionais, bem como a aplicação dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

¹Mestrando em Direito Processual e Cidadania. Especialista em Direito Imobiliário. Graduado em Direito. Graduado em Administração. Servidor Municipal da Gerência de Educação de Naviraí. Professor convocado do curso de Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul.

²Mestre em Direito Processual e Cidadania. Especialista em Comunicação. Graduado em Direito. Graduado em Engenharia Agrônômica. Professor efetivo do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Professor do curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direitos Difusos e Coletivos. Editor-chefe da Revista Direito e Direitos - Revista Jurídica Eletrônica da UEMS/Naviraí.

Esta pesquisa propõe-se, inicialmente, fazer algumas considerações a respeito das acepções sistêmicas do direito, ou seja, estudará as diretrizes internas e externas de nosso ordenamento jurídico, no que se refere aos valores e normas jurídicas. E antes de adentrar no cerne deste trabalho, é imprescindível fazer a distinção de valores, regras e princípios.

Em seguida, tratar-se-á dos princípios gerais que são base e fundamento de boa parte das regras, bem como orienta e auxilia na interpretação de todo regramento pátrio. Far-se-á, também, a análise dos princípios constitucionais e em que momento eles passam a ser entendidos como *standards* dos direitos fundamentais.

Tendo as referidas distinções (valor, regra e princípio) e análises principiológicas bem definidas, será abordada, no terceiro tópico, a teoria da ponderação trazida por Robert Alexy, em que será debatida a aplicabilidade dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade na busca por uma solução quando o julgador ou aplicador do direito depara-se com um conflito de princípios constitucionais/direitos fundamentais.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SISTÊMICAS DO DIREITO: DISTINÇÃO DE VALORES, REGRAS E PRINCÍPIOS

Antes de tratar da ponderação de princípios faz-se *mister* distinguir valores, regras e princípios, que são elementos do Direito constituintes do seu sistema. De acordo com Bonavides (1997, p. 89-90), podem ser distinguidas duas acepções de sistema: o sistema externo ou extrínseco e o sistema interno ou intrínseco.

No âmbito do direito, o sistema externo está relacionado ao conjunto de normas e assuntos jurídicos numa esfera deontológica, enquanto o sistema interno está na seara axiológica, representada pelos valores. Bonavides (1997, p. 56-59) ensina que o sistema interno é constituído por valores que servem de sustentação às diretrizes preceptivas, proibitivas e permissivas do ordenamento jurídico, sendo concretizado por meio de complexo normativo de duas ordens: Princípios e Regras.

Para concretização de tais princípios e regras, é preciso de uma organização, denominada ordenamento jurídico, isto é, um sistema literário e formal de normas consubstanciando o sistema externo do direito. Borges (2003, p. 55-56), aponta que os textos normativos têm uma organização interna e outra externa, a primeira se refere à sua redação e a articulação dos mesmos em seções, capítulos, títulos, livros partes ou parágrafos, incisos, alíneas, itens. A segunda é encontrada, no esboço da teoria das fontes, através de esquemas que ilustram a ordenação e hierarquia do Direito posto, em dado Estado.

1.1 O VALOR: ESSÊNCIA DA NORMA

Os valores são elementos extrajurídicos e seu conceito não pode ser rigorosamente definido. Busca-se investigar em que esfera encontram-se os valores e como um valor pode adquirir existência.

Hessen (1980, p. 32), discorre sobre algumas correntes que tentam responder essas questões, dentre elas destaca-se o “psicologismo axiológico” que sugere que os valores situam-se na *psyché* ou alma humana, sendo experimentados mediante processo de vivência. Desse modo, experimenta-se um valor (vivência), percebe-se a qualidade do objeto, e idealiza que tal objeto é valioso.

Os valores pertencem ao campo do ser ideal, isto é, um tanto abstratos. Portanto indaga-se: quando os valores passam ao **ser** real, ou seja, como os valores podem adquirir existência? Um valor estético pode vir para o plano existencial no quadro de um pintor, bem como o valor ético na ação de um homem virtuoso. Assim, o quadro do pintor passa a ser ‘belo’ e a ação do homem passa a ser ‘boa’. As coisas/objetos são, portanto, suporte dos valores, tornando-se portadores de valor (HESSEN, 1980, p. 57-58).

Ser (realidade) está intimamente ligado aos *valores* (ideal), este está sempre referido a um ser, da mesma forma como a realidade só atinge sua plenitude na medida em que acolhe os valores. Surge então a necessidade de se pensar a relação entre **valor** e o **dever ser**.

De acordo com Max Sheler o dever-ser subdivide-se em **dever-ser ideal** e **dever-ser normativo**. O primeiro pertence a essência dos valores quando contemplados tais valores numa relação com uma possível realidade (HESSEN, 1980, p. 86). Assim, Borges (2003, p. 69-70), explica que o valor é o fundamento do dever-ser, e não o contrário. Portanto, o dever-ser ideal é o *modus essendi* do valor; sendo este (valor) o conteúdo daquele (dever-ser).

Destarte, o dever-ser encontra fundamentalidade na esfera dos valores para possibilidade de realização desses valores. Ressalta-se que o dever-ser ideal está entre o valor e o dever-ser normativo (positivado). Portanto, o dever-ser normativo expressa os valores por meio das normas, e este mediante suas espécies, os princípios e as regras.

1.2 AS NORMAS: DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS

No caminho já percorrido vislumbrou-se que o direito se exprime em normas, que são subdivididas em princípios e regras. É possível dizer então que a norma é gênero, tendo como espécies os princípios e as regras. Amaral Júnior (1993, p. 27) explica que “princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o

legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e conseqüências determinadas”.

Para Linhares (2001, p. 61), os princípios “são espécie normativa que exigem a realização dos valores por eles assegurados da melhor forma possível, tendo-se em vista as possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas pela situação concreta”.

Também se considera que os princípios servem de critério para sua compreensão e inteligência, definindo a lógica e a racionalidade do sistema normativo, dando-lhe sentido harmônico (MELLO, 2000, p. 747-748).

Coelho (1999) enumera nuances do conceito de Regras, na visão de Canotilho e Eros Grau:

CANOTILHO diz que [...] as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion) [...]; o jurista EROS GRAUS identificou que as regras devem ser aplicadas por completo ou não, não comportando exceções [...]. Isso é afirmado no seguinte sentido; se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. No nível teórico, ao menos, não há nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções e quanto mais extensa seja essa mesma enunciação (de exceções), mais completo será o enunciado da regra.

Canotilho (2000, p. 1124-1125) traz alguns critérios que permitem diferenciar os princípios das regras:

- *Grau de abstração*: os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevados; diversamente, as regras possuem abstração relativamente reduzida.

- *Grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto*: os princípios (vagos e indeterminados) carecem de mediações concretizadoras; já as regras são suscetíveis de aplicação direta.

- *Caráter de fundamentabilidade*: os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes.

- *Proximidade da ideia de direito*: os princípios são Standards juridicamente vinculantes radicados nos valores (justiça, igualdade, liberdade), enquanto as regras podem ter conteúdo meramente formal.

- *Natureza normogênética*: os princípios são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, são pois, fundamento de regras.

Como assevera Alexy (2008, p. 90), os “princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das

possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Tal concepção é adotada também por Canotilho (2000, p. 1124), que trata dos princípios como normas impositivas de otimização compatíveis com vários graus de concretização.

No que se refere às regras, estas são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (obrigando, permitindo ou proibindo). Dworkin (2002, p. 130) afirma que as regras são aplicáveis em um modo de tudo-ou-nada. Se os fatos que uma regra enuncia ocorrem, então a regra é válida, em cujo caso a resposta que proporciona deve ser aceita, ou ela não é válida, em cujo caso ela não contribui em nada para a decisão.

Assim, os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para a sua concretização. Os princípios, ao contrário das regras, receberiam o seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação (CANOTILHO, 2009, p. 89).

Isto exposto, Gomes (2005) sintetiza:

[...] o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em “conflito”; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver “colisão”, não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como “mandados de otimização” que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

Afirma-se que a convivência dos princípios é conflitual e das regras, é antinômica, corolário disso é que os princípios coexistem, enquanto as regras se excluem. Os princípios permitem balanceamento de valores e interesses, já as regras, se valem, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições. De modo que os princípios suscitam problemas de validade e peso, por seu turno, as regras suscitam apenas questões de validade (CANOTILHO, 2000, p. 1125).

Quando ocorre uma colisão de regras, uma deve ser declarada inválida, ou, havendo uma cláusula de exceção, deve-se acomodar, de acordo com esta, as regras conflitantes. Utiliza-se aqui, critérios tradicionais, tais como o hierárqui-

co, cronológico e o da especialidade (BORGES, 2003, p. 82).

No diz respeito ao conflito de princípios, este é qualitativamente diferenciado, porque não há aí a declaração de invalidez ou introdução de cláusula que solucione a situação de tensão. Devendo ser eles objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso (CANOTILHO, 2000, p. 1146).

Os princípios devem ser observados e cumpridos e, ao se desconsiderar algum princípio, teremos uma irregularidade que atingirá todo o ordenamento jurídico, daí: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos” (MELLO, 2000, p. 748).

2. PRINCÍPIOS GERAIS E CONSTITUCIONAIS E A TEORIA DA PONDERAÇÃO

No direito há normas que atuam sobre outras normas do mesmo sistema jurídico, principalmente determinando-lhes o seu significado, sua valoração e sentido. Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, isto é, com pretensão de complementaridade, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras (ÁVILA, 2005, p. 78).

Assim, existem princípios gerais, que segundo Reale (2002, Ebook), são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas.

No mesmo sentido Nunes (2003, p. 172):

[...] percebe-se que os princípios funcionam como verdadeiras supra-normas, isto é, eles, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras.

Na antiguidade os princípios já eram tidos como fonte do direito natural, como se depreende em Aristóteles, que defendia que o princípio era uma fonte, uma causa de ação, tornando-se um freio dos fenômenos sociais; e Cícero, analisando o conjunto de codificação civil romana, dizia que os princípios serviriam para resolver casos novos (DINIZ, 1997, p. 211).

Há unanimidade doutrinária quanto a importância dos princípios no nosso sistema normativo. Porém, alguns afirmam que os princípios permitem a correta interpretação do sistema jurídico; outros defendem que são fontes jurídicas; outros atribuem à qualidade de mecanismo de integração das várias partes do sistema.

Roque (2004, p. 135) considera “[...] os princípios gerais de direito como os fundamentos mais elevados do direito, estabelecidos na antiga Roma e expressos nos brocardos, máximas, aforismos que nos legou o direito romano.”

No mesmo sentido, Nunes (2003, p. 163) afirma que:

[...] os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados não só pelo aplicador do direito mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Sendo assim, ressalta a importância em sua essência e como elemento harmonizador, integrador e de mecanismo de garantia de eficácia da norma jurídica.

O significado dos princípios seria já evidente, a partir do fato de várias decisões poderem neles se apoiar e se mostra de forma ainda mais clara por meio do fato de normas jurídicas poderem ser restringidas ou suprimidas por eles (ALEXY, 2014). E seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que para composição, criação e compreensão do ordenamento jurídico é indispensável a observância dos princípios.

No entendimento de Carrazza (2008, p. 39) princípio é “um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.

Nesse contexto se destacam os princípios constitucionais, que são aqueles elencados na Constituição Federal de 1988, que, no Brasil, é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico pátrio. Em grande parte dos países ocidentais os princípios foram positivados na Lei Maior de seus Estados, como é o caso da Constituição brasileira, bem como podemos encontrá-los positivados nas leis esparsas ou nas decisões dos tribunais.

Sabe-se que tais princípios positivados expressam os direitos fundamentais, e são comandos normativos supremos que fixam diretrizes orientadoras do Direito infraconstitucional, determinando como deve ser a organização do Estado e da sociedade brasileira. Tavares (2012) leciona que os princípios não só se consagram como normas jurídicas como também adquirem a superioridade própria do instrumento que os alberga atualmente, ou seja, o status constitucional.

Bastos (1995, p. 143), sobre princípios constitucionais ensina:

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas.

Na doutrina é possível encontrar diversas classificações para os princípios constitucionais. Nesse trabalho, será analisada a classificação dada por Canotilho, seguida por José Afonso da Silva, que os dividem em duas categorias: os princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais.

Os princípios políticos-constitucionais são as decisões políticas fundamentais que passam a ser as normas que informam todo o sistema constitucional positivo, que estão, assim, nos artigos 1º a 4º do Título I da nossa Constituição. Já os princípios jurídico-constitucionais, são os princípios informadores da ordem jurídica nacional, que decorrem das normas constitucionais, quer dos princípios fundamentais, quer dos demais princípios nelas constantes.

A dificuldade nasce quando, na aplicação da legislação ao caso concreto, tem-se um conflito aparente entre dois princípios constitucionais. Nesse momento é que o aplicador do direito procura sopesar qual dos princípios conflitantes deve ser aplicado.

Como afirma Alexy (2008, p. 130), na colisão de princípios, um deles deve recuar, mas não desaparecer totalmente do mundo jurídico. Ressalta ainda, que em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro sua aplicação, já que no caso concreto, eles têm um peso diferente, devendo preponderar o de maior peso.

Marinoni e Arenhart, referindo-se ao processo civil, realizam as seguintes ponderações:

Mas, no processo civil, por serem diversificados os bens que podem ser reivindicados pelo autor e variadas as situações litigiosas que podem ocorrer, não há como pensar em uma segunda ponderação normativa. Aliás, ainda que se pensasse em dois bens peculiares aos litígios civis, a ponderação que a lei poderia fazer seria, na realidade, uma hierarquização, pois somente e, assim, considerados valorativamente em abstrato. Ou seja, os bens que não podem ser colocados em uma escala hierárquica, porque apresentam maior ou menor valor;

conforme as circunstâncias do caso concreto, sempre estão sujeitos a colidir e, assim, jamais poderão se livrar da regra da proporcionalidade, única alternativa para se solucionar o conflito entre dois bens igualmente dignos de tutela (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 393).

A decisão da aplicação por um ou por outro princípio será feita pela ponderação, cabendo ao intérprete aferir o peso da cada um, e fazendo concessões recíprocas, se for o caso, na solução dos casos concretos. Há que se ter presente que as ponderações são inevitáveis quando todos são igualmente titulares de direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 121). Portanto, como não existe regra certa para a solução de conflitos, a aplicação dos mesmos deve dar-se pela ponderação.

3. A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Ao deparar-se com uma colisão de princípios, pelo fato de não haver hierarquia, o julgador deve buscar meios de resolução, tais como a ponderação de princípios proposta por Robert Alexy. De acordo com sua teoria devem-se aplicar os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade afim de que um(s) princípio(s) seja(m) resguardado(s) em detrimento de outro(s).

Por vezes não existe apenas uma solução para o conflito, neste caso o julgador deve, entre os meios de resolução, buscar a mais adequada capaz de atingir o fim proposto, isto é, aquele que intervenha de modo menos intenso, que se mostre necessário.

O princípio da proporcionalidade é profundamente ligado ao princípio da razoabilidade do direito, sendo que tanto a proporcionalidade como a razoabilidade têm por escopo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, suporte jurídico à salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Para Alexy (2008, p. 09) o princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação [...] a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade.

No entanto, Ávila (2005, p. 113 e 114) assevera que para sua aplicação:

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar a realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas

para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame de proporcionalidade em sentido estrito).

Por sua vez, a razoabilidade é instrumento regulador dos atos administrativos, evitando exageros, agindo como limite a discricionariedade do agente público. De acordo com Ávila (2005, p. 103), dentre tantas acepções, três se destacam:

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

Desta forma, a razoabilidade teria como objetivo impedir a prática de atos que fogem a razão e ao equilíbrio do “pensamento comum”. Já a proporcionalidade teria um campo de atuação maior: seria um verdadeiro parâmetro para se aferir à adequação e a necessidade de um determinado comando normativo no Ordenamento Jurídico.

Alexy (2014), ainda destaca que há princípios que são absolutos, ou seja, são princípios dos quais não se pode dizer que, em virtude de seu menor peso em um caso concreto, eles devam ceder a outros princípios. E exemplifica:

Na verdade nenhum tribunal pode, por exemplo, dizer, em um caso concreto, que a proteção da existência do estado teria prioridade sobre a proteção à dignidade humana, justificando assim uma violação à dignidade humana. Na interpretação do conceito de inviolabilidade da dignidade humana são necessários porém argumentos que não se distinguem estruturalmente daqueles argumentos que devem ser expostos na fundamentação de uma relação de precedência entre princípios.

Os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, em essência, de acordo com Lenza (2008, p. 75), “consustanciam uma pauta de natureza axiológica

que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”. Em contrapartida, Streck (2011) afirma que “ponderar não é utilizar o bom senso, não é usar a lógica da razoável. Se a pretensão é julgar em nome da ponderação, deve seguir os seus moldes teóricos. No fim, os tribunais brasileiros julgam, apenas, de acordo com a sua consciência”.

Enfim, é mediante critérios de ponderação (razoabilidade e proporcionalidade), se pretende alcançar parâmetros para a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito entende os princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fáticas. Segundo Alexy (1993, p. 112), o fundamento ao princípio da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua, contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de Direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se propôs a analisar a aplicação dos critérios de ponderação da proporcionalidade e da razoabilidade na resolução de conflitos entre princípios constitucionais/direitos fundamentais.

Para lograr êxito, foi preciso estudar, antes de tudo, as acepções sistêmicas do direito, onde foram destacados os sistemas internos e externos do ordenamento jurídico. Enquanto o primeiro está relacionado aos valores na seara axiológica, o segundo se refere ao conjunto de normas e assuntos jurídicos na esfera deontológica.

Fez-se a distinção de valores, regras e princípios. Resumidamente os valores são a essência da norma, isto é, a norma é forma como os valores se expressam em nosso ordenamento jurídico. Esse complexo normativo é representado por duas espécies: princípios e regras.

Enquanto os princípios são as diretrizes gerais, ou parte de um ordenamento jurídico, tendo seu campo de incidência mais extenso. Já as regras disciplinam uma determinada situação, assim, quando ocorre essa situação, a norma tem incidência, quando não ocorre, não tem incidência. Percebe-se que os princípios admitem um equilíbrio de valores e interesses, porém as regras, se valem, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições.

Importante ressaltar que os princípios quando positivados na Lei Maior de um Estado externam seus direitos fundamentais, isto é, são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Portanto quando esses direitos entram em choque é preciso sopesar e encontrar a solução mais adequada.

Para solução dos referidos conflitos, propôs-se a teoria da ponderação de Robert Alexy, que trata da aplicação dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim o primeiro critério teria um como objetivo impedir a prática de atos que fogem a razão e ao equilíbrio do “pensamento comum”. Já o segundo teria um campo de atuação maior: seria um verdadeiro parâmetro para se aferir à adequação e a necessidade de um determinado comando normativo no ordenamento jurídico.

Ante ao exposto, acredita-se que, se bem aplicados os critérios de ponderação, os tribunais brasileiros têm um excelente instrumento que permite alcançar parâmetros para resolução dos conflitos entre princípios constitucionais/direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teria discursiva dos direitos**. Tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. E-book.

AMARAL JÚNIOR, A. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 6.

ÀVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANARIS, C. W. **Direitos fundamentais e direito privado**. São Paulo: Almedina, 2009.

CARRAZZA, R. A. **Curso de direito constitucional tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Yuri Carneiro. Sistema e princípios constitucionais tributários. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1282/sistema-e-principios-constitucionais-tributarios>>. Acesso em: 30 out. 2014.

DWORKIN, R. M. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: M. Fontes, 2002.

DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GOMES, L. F. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/hz03bk>>. Acesso em: 04 out. 2014.

HESSEN, J. **Filosofia dos valores**. Tradução de L. C. de Moncada. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1980.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LINHARES, M. Q. O método da ponderação de interesses e a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Umuarama: UNIPAR, v. 4, n. 1, jan./jun. 2001.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NUNES, R. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. E-book.

ROQUE, S. J. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Icone, 2004.

STRECK, L. L. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, A. R. Princípios constitucionais. In: MARTINS, I. G. S.; MENDES,

G. F.; NASCIMENTO, C. V. (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. E-book.

APPLICATION CRITERIA PROPORTIONALITY AND REASONABLENESS IN CONSIDERATION CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT: Faced with a conflict of constitutional principles or fundamental rights, the judge or applying the law needs a skilled instrument to fulfill the need to provide reasons for its decision imposed by the Brazilian Constitution. Thus, from a systemic study on the meanings of law, which aimed to differentiate value, principles and rules, defined the relevance and scope of the general principles and the constitutional principles of the national laws, and in view of the degree of abstraction of the principles that allow them to be weighed. Thus, the present study sought to examine whether the theory of weighting and how the criteria of proportionality and reasonableness would be appropriate and valid instruments aiming solution of these conflicts between constitutional principles / fundamental rights.

KEYWORDS: Fundamental rights. Value and norms. Principles and rules.

CRITERIOS DE APLICACIÓN PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD EN CONSIDERACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

RESUMEN: Frente a un conflicto de principios constitucionales o de los derechos fundamentales, el juez o la aplicación de la ley necesita un instrumento hábil para cumplir con la necesidad de proporcionar razones de su decisión impuesta por la Constitución brasileña. Por lo tanto, a partir de un estudio sistemático sobre los significados de la ley, cuyo objetivo era diferenciar de valores, principios y normas, que se define la pertinencia y el alcance de los principios generales y los principios constitucionales de las leyes nacionales, y en vista del grado de abstracción de la principios que les permitan ser pesados. Por lo tanto, el presente estudio trató de examinar si la teoría de la ponderación y cómo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad serían instrumentos adecuados y válidos encaminadas solución de estos conflictos entre los principios constitucionales / derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales. Valor y normas. Principios y reglas.