

A intrincada aplicação da regra da razoabilidade na teoria alexyana

Virginia Junqueira Rugani Brandão

RESUMO

A cultura jurídica brasileira se apraz na distinção entre princípios e regras em função do grau da norma. Assim, todas as normas consideradas fundamentais ao sistema jurídico serão consideradas princípios. Logo, a razoabilidade é utilizada pela doutrina jurídica como princípio. Resta saber se, à luz das principais teorias estrangeiras e nacionais essa norma é regra ou princípio e com qual natureza o Supremo Tribunal Federal aplica essa norma e se o faz de forma coerente. Para tanto, estudaram-se as teorias de Robert Alexy e Geraldo Ataliba, confrontando-as com as decisões tomadas pelo STF. Assim, concluiu-se que, conforme a teoria que analisa a estrutura da norma quando da aplicação, a razoabilidade é regra e o STF comete um equívoco na medida em que utiliza a nomenclatura de princípio, mas aplica a razoabilidade segundo o critério de subsunção, próprio das regras.

Palavras-chave: Razoabilidade. Princípios. Regras. Supremo Tribunal Federal.

The troubled application of the rule of reasonableness in Alexy's theory

ABSTRACT

The Brazilian legal culture prefers a distinction between rules and principles based on degree. Therefore, the law considered fundamental to the judicial system will be designed as principle. Reasonableness is also used as a principle. The main goal is to know, based at the most known theories – national and aliens – if the reasonableness is a rule or a principle and which of those the Brazilian Supreme Court enforces and if it does coherently. In order to understand that, the article studied the theories of Robert Alexy and Geraldo Ataliba, comparing them with decisions taken by the Supreme Court. The conclusion was that the reasonableness is a rule, based at the theory that analyses the structure of the law at the application moment. Also, the Brazilian Supreme Court makes a mistake when uses the terminology “principle”, but applies as a rule following the subsumption.

Keywords: Reasonableness. Principles. Rules. Brazilian Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

A razoabilidade é comumente empregada no Brasil como princípio inerente ao próprio sistema normativo democrático que viabiliza a preservação dos Direitos e Garantias Fundamentais. Aplicada em todos os ramos do Direito, a razoabilidade significa

Virginia Junqueira Rugani Brandão é Mestranda em Direito Público pela PUC Minas. Pesquisadora/extensionista do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – NUJUP. Assessora Jurídica da Secretaria Estadual de Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana de Minas Gerais – SEDRU.

Direito e Democracia	Canoas	v.14	n.2	p.54-65	jul./dez. 2013
----------------------	--------	------	-----	---------	----------------

a busca por uma compreensão lógica do ordenamento jurídico, visando a adequação entre meio e finalidade de determinada conduta. Conforme Alexandre de Moraes:

O princípio da razoabilidade utiliza-se do meio-termo aristotélico, que, conforme Kelsen, é norma de justiça, ou seja: Como norma referida ao modo de tratar os homens, surge também o preceito geral do comedimento, a ideia de que a conduta reta consiste em não exagerar para um de mais nem para um de menos, em manter, portanto, o áureo meio-termo. (MORAES, 2009, p.878)

Contudo, é possível que se considere a razoabilidade como regra, ao entendê-la não como um princípio ponderável em si, mas como uma técnica ou um critério utilizado na interpretação e aplicação do Direito, e é exatamente essa questão que se pretende levantar com este artigo.

Com efeito, a cultura brasileira tem o hábito de transformar normas consideradas de grande relevância em princípios, ocasionando uma verdadeira banalização de princípios (SILVA, 2003). Isso dificulta o trabalho hermenêutico de interpretação e aplicação do Direito, haja vista que a norma da razoabilidade é utilizada para interpretar outras normas, funcionando como base argumentativa de decisões judiciais. Um forte exemplo desse mau uso é o recorrente sincretismo metodológico presente em algumas doutrinas e fundamentações jurídicas.

Assim, pretende-se elucidar a natureza da razoabilidade a partir de teorias nacionais e estrangeiras que abarcam o tema, apontando para o cuidado que o jurista deve ter em não misturar teorias incompatíveis ao aplicar essa norma.

Em última análise, este estudo objetiva não esgotar o tema, haja vista que são inúmeras as teorias acerca da diferenciação entre regras e princípios, mas apenas instigar a discussão sobre a natureza da razoabilidade, gerando um incômodo acadêmico em contrapartida à excessiva comodidade em relação ao tratamento dessa norma como princípio.

2 O QUE É RAZOABILIDADE?

A razoabilidade é um termo aberto que revela diversos sentidos. Pode-se dizer que razoabilidade significa a racionalidade possível do direito, impregnada de critérios de valorização decorrentes da experiência humana individual ou coletiva, frequentemente associada ao senso comum. Ou, ainda, a razoabilidade pode ser confundida com ponderação ou proporcionalidade estrita. Outros a entendem como um sentido genérico de proibição da arbitrariedade, aplicado como critério de apuração do respeito à igualdade ou ao devido processo legal (SAMPAIO, 2013, p.457).

O Supremo Tribunal Federal utiliza a razoabilidade com três diferentes sentidos, identificados a partir de sua jurisprudência: proporcionalidade (instrumentalidade),

coerência e correspondência com a realidade, correspondência com o que é razoável (SAMPAIO, 2013, p.458).

O constitucionalista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello identifica a razoabilidade como princípio, e assim o define sob o enfoque do Direito Administrativo:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. (...) Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricão) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. (...) Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente as condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia irrogar dislates à própria regra de Direito. (MELLO, 2002, p.91)

No mesmo sentido, o autor Alexandre de Moraes define como princípio da razoabilidade, “aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas competências, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes” (MORAIS, 2009, p.879).

A Promotora de Justiça do Estado da Bahia, Rita Tourinho (2009), entende por razoabilidade administrativa, a legitimidade de exercício de um poder que se comporta razoavelmente. Segundo ela, não basta o cumprimento da lei no seu aspecto formal, mas é necessário que se observe o aspecto de substancialidade da lei, para que exista uma perfeita adequação entre a previsão legal e o que é realizado para a sua aplicação. Assim, agir razoavelmente é fazê-lo com coerência, conforme previsão legal e sem fugir à finalidade imposta (interesse público), de forma que o agente público não pode permitir que suas convicções, seus preconceitos e outros fatores de ordem pessoal influenciem seu julgamento na prática do ato administrativo.

Em sua “Teoria dos Princípios”, Humberto Ávila (2007, p.151-160) atribui três acepções à razoabilidade, conforme o sentido atribuído ao uso da norma: equidade, ao harmonizar a norma geral com o caso individual; a congruência, ao exigir a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação; e a equivalência, no momento onde houver uma equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Há de se atentar para o fato de que uma parte relevante da doutrina brasileira entende que razoabilidade e proporcionalidade são sinônimos.¹ Outra parte entende

¹ Como o doutrinador Pedro Lenza (2009).

que razoabilidade é gênero, sendo a proporcionalidade uma de suas vertentes,² e ainda, uma terceira linha, segundo a qual a proporcionalidade seria mais ampla que a razoabilidade.³

Este trabalho filia-se ao último entendimento, do qual perfilha Virgílio da Silva. Para o autor, a regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura. A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, diferentemente da razoabilidade, cuja origem é inglesa (SILVA, 2002).

Silva cita Luis Roberto Barroso, afirmando que a exigência de razoabilidade traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. A primeira exigência é chamada de razoabilidade interna, e a segunda, de razoabilidade externa. Logo, o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins (SILVA, 2002, p.33).

Nesse diapasão, considerando um breve conceito de norma jurídica usualmente aceito como estrutura do Direito na qual estão gravados preceitos que compõem a Ordem Jurídica visando organizar a sociedade e o Estado em busca da justiça e do bem comum, poder-se ia considerar a razoabilidade como norma jurídica implícita.⁴

Diz-se implícita por não encontrar seu fundamento em um dispositivo legal do direito positivo, mas por decorrer logicamente da estrutura das normas compatibilizadas com as diretrizes constitucionais.

Resta saber se tal norma teria natureza de princípio ou regra e quais as implicações disso para o direito brasileiro.

3 A RAZOABILIDADE SOB ENFOQUE DAS TEORIAS QUE DIFERENCIAM PRINCÍPIOS E REGRAS

A tentativa de distinguir normas entre princípios e regras não é recente. Contudo, o assunto ganhou a relevância a partir da abordagem de autores estrangeiros como o professor alemão Robert Alexy, que estuda a estrutura qualitativa das normas.

² A exemplo, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011)

³ Como Helenilson Cunha Pontes (2000) e Virgílio Afonso da Silva (2002).

⁴ Em sentido contrário José Afonso da Silva (2002, p.693) afirma estar o princípio da “proporcionalidade razoável” consagrado enquanto princípio constitucional geral e explícito de tributação, traduzido na norma que impede a tributação com efeitos de confisco (artigo 150, IV).

Lado outro, imprescindível mencionar a literatura jurídica nacional sobre o tema, que tradicionalmente distingue a natureza das normas a partir do grau de abstração, generalidade ou fundamentalidade das mesmas. Neste sentido, o capítulo abordará a teoria de Geraldo Ataliba como representante da teoria tradicional brasileira.

3.1 A teoria de Geraldo Ataliba

Nas obras escritas pelo doutrinador brasileiro, não é difícil perceber a distinção entre princípios e regras segundo o grau de relevância e até hierarquia dos mesmos. Fortemente influenciado pelo espírito libertador face à ditadura militar, Ataliba discorre sobre princípios com facilidade, compreendendo-os como normas integradoras do sistema constitucional, verdadeiras linhas mestras do sistema jurídico que apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (ATALIBA, 1985, p.6).

Assim, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, há uma ordem hierárquica que “faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionada pelos princípios” (ATALIBA, 1985, p.6).

O autor não chega a considerar eventuais conflitos, colisões ou antinomias, haja vista que considera o sistema jurídico sempre em perfeita harmonia com a Constituição Federal, especialmente ao princípio constitucional da república. Assim, as divergências são apenas aparentes:

Se, em dada situação, surge aparência de divergência entre uma regra e um princípio – antes de qualquer outra coisa – o intérprete deve dar à regra interpretação harmoniosa e coerente com as exigências do princípio. O que se não consente, é que seja, por qualquer forma, negado, diminuído, contrariado ou esvaziado por força de simples regra. (ATALIBA, 1985, p.12)

Junto com o autor em estudo, a ideia de princípios como normas mais fundamentais do sistema e regras como concretização dos princípios é compartilhada por Eros Grau, Celso Antonio Bandeira Mello, José Afonso da Silva, dentre outros (SILVA, 2003).

Nesse diapasão, na visão da doutrina tradicional brasileira, a razoabilidade é um princípio, diante da sua importância e exigência para coerência do ordenamento jurídico.

3.2 A teoria de Robert Alexy

Segundo o autor alemão, “a distinção entre regras e princípios 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” (ALEXY, 2008, p.85).

A tese correta a realizar tal distinção seria aquela que sustenta que entre princípios e regras não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Toda norma ou é uma regra ou um princípio.

Assim, as regras são comandos definitivos, que são sempre satisfeitos ou não. Se uma regra vale, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Segundo Alexy, “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se pelo menos, uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2008, p.92).

Na teoria de Alexy, as regras têm caráter definitivo *prima facie*, já que nem todas as regras de exceção são definidas *a priori*, mas é possível que se estabeleçam a partir de um conflito, com base em um princípio por trás da regra que a sustente, e a partir da superação do princípio formal do ordenamento jurídico. Deve-se atentar, no entanto, que tais casos apresentam-se como excepcionais.

Para exemplificar uma norma com qualidade de regra, na nota de rodapé n. 25 da obra “Teoria dos Direito Fundamentais”, Alexy utiliza o § 5º, 1, do Código de Trânsito alemão, segundo o qual ultrapassagens são possíveis pela esquerda ou pela direita. No entanto, o autor ressalta que a característica de poder ser ou não ser cumprida não se limita, contudo, a esse tipo de regras, pois existem ainda regras que exigem que um determinado grau de cuidado seja satisfeito:

Ela não depende do fato de que a ação obrigatória (proibida, permitida) somente pode ser realizada ou não realizada. Mesmo as regras que prescrevem ações que podem ser realizadas em diferentes graus podem ter aquela qualidade. Isso ocorre também quando um determinado grau da ação ou do comportamento é obrigatório (proibido ou permitido). Um exemplo são as prescrições que se referem a condutas imprudentes. O que se exige não é um grau máximo de cuidado, mas um determinado grau de cuidado, dependendo do ramo do direito que se trate. Embora seja possível que surjam dúvidas, em casos individuais, sobre qual é o grau de cuidado exigível, isso é algo possível na aplicação de qualquer norma e não representa nenhuma peculiaridade. Para o esclarecimento dessas dúvidas exige-se exatamente que se decida se o grau de cuidado exigido pelo dispositivo foi satisfeito ou não. Esse questionamento é típico das regras. (ALEXY, 2008, p.91)

Lado outro, os princípios são mandados de otimização, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados. Quando colidem, a solução está no sopesamento dos princípios para que se possa chegar a um resultado ótimo a depender das variáveis do caso concreto. Exemplos seriam o princípio da liberdade de expressão e do direito à vida.

Desta feita, a razoabilidade é regra, pois não há como ser aplicada em meio termo ou seja, não produz efeitos em variadas medidas. Ao contrário, é aplicada de forma constante por subsunção.

Esse foi o raciocínio utilizado por Virgílio da Silva em seu trabalho sobre a teoria de Robert Alexy, denominado “O proporcional e o razoável”, no qual ele chega a conclusão de que, segundo o teórico alemão, a razoabilidade é uma sub-regra da regra de proporcionalidade (SILVA, 2002, p.33).

Com efeito, na nota de rodapé n. 84 da obra “Teoria dos Direito Fundamentais”, consta o seguinte apontamento em que Alexy afirma que os subelementos da proporcionalidade devem ser classificados como regras e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas as vezes tenham precedência, e as vezes não. O que se indaga é, na verdade, é se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. (ALEXY, 2008, p.117)

O Professor Marcelo Lima Guerra também compartilha do entendimento acima esposado, observando que a opção pela terminologia “princípio” reflete a intenção do intérprete em caracterizar as prescrições referidas por aquela expressão como disposições fundamentais do sistema, ressaltando assim o seu caráter vinculativo e não meramente hermenêutico. Trata-se, no entanto, de uma imprecisão terminológica, ou mesmo uma impropriedade conceitual, considerando um contexto em que se adota a distinção entre regras e princípios, atribuindo a cada um desses termos o sentido que lhes dá Robert Alexy. É que sendo adotado o conceito de princípio sugerido pelo filósofo alemão, não se pode enquadrar como tal, isto é, como mandado de otimização, as prescrições que integram a regra da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Tais prescrições, ainda que sirvam como critérios orientadores da aplicação de princípios, são corretamente classificadas por Alexy como regras, justamente porque se aplicam mediante subsunção (GUERRA, 2003).

A razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devam ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, assim, essa norma atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas, sendo aplicada de forma constante. Desta forma, uma interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional.

Portanto, a regra da razoabilidade, para Alexy, seria usada na maximização dos mandados de otimização, isto é, seria a maneira de se aplicar o dever de otimização ao caso concreto que deve compatibilizar meios e fins, e ser coerente com o sistema jurídico.

Percebe-se assim, que muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio deveria ser, na forma de distinção de Alexy, chamado de regra (SILVA, 2003, p.613).

4 O SINCRETISMO METODOLÓGICO NO ÂMBITO DO STF

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição.

A partir do século XXI, o STF assumiu uma posição mais ativa nos quadros dos poderes e do próprio judiciário, abandonando o órgão politicamente morto de outrora. Essa fase “ativista” trouxe reflexos para os métodos de trabalho interpretativo e para sua autocompreensão como Corte Constitucional. Nesse sentido, destaca-se a autorreferência nos votos dos ministros salientando o papel central do Tribunal na promoção da Constituição, apresentando argumentos que se propõem a ser, se não vinculantes, pelo menos utilizados como referências em futuros julgamentos (SAMPAIO, 2013).

Considerando o acima exposto, espera-se que a hermenêutica utilizada na argumentação pelos Ministros seja coerente, não apenas do ponto de vista lógico-dedutivo, mas também sob a visão metodológica. No entanto, no concernente às teorias de regras e princípios aplicadas à norma da razoabilidade, foram identificadas metodologias contraditórias contidas em decisões julgadas pelo Tribunal Pleno.

A razoabilidade é frequentemente utilizada pelos julgadores como ponto chave do argumento que irá sustentar a fundamentação da decisão. Há de se remarcar que, não raramente, a invocação da razoabilidade é um mero recurso a um topos de caráter retórico, o que propicia uma aplicação descuidada da norma quanto a sua caracterização em princípio ou regra. Muitas vezes, no corpo da decisão judicial a razoabilidade é acompanhada da terminologia “princípio” e, no entanto, verifica-se que seu emprego tem funcionalidade própria de regra, de acordo com a estrutura proposta por Alexy, conforme a subsunção da norma ao caso concreto ou não.

Nos Mandados de Segurança n. 28.594 e 28.603, julgados em outubro de 2011, por exemplo, o princípio da razoabilidade é citado várias vezes durante o acórdão pelos Ministros Carmem Lúcia, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, com o intuito de justificar ou criticar determinados pontos do mérito, que girou em torno da desclassificação dos candidatos com nota inferior a 77 pontos nas provas objetivas do Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento de Cargos de Juiz de Direito Substituto do Estado de Minas Gerais.

Conforme o Ministro Luiz Fux:

À Comissão do Concurso, norteadas pelo princípio da razoabilidade, somente caberia tomar a decisão que efetivamente tomou: manter a nota de corte anterior e a preceito lista de aprovados, acrescentando os beneficiados pelo resultado do julgamento dos recursos. Qualquer outra decisão importaria em prejuízo à legítima expectativa dos candidatos que constavam da primeira lista de aprovados.

Segundo Lewandowski:

O terceiro princípio implícito na Constituição é o princípio da razoabilidade. Não me parece que, a essa altura, seria válido, adequado, legítimo, anularmos o concurso, ou parte dele, ou não permitir que aqueles excluídos pudessem ocupar as respectivas vagas, porquanto foram aprovados. As vagas existem e creio que já estamos diante de uma situação já consolidada (...) E ainda sobraram vagas. Creio que o princípio da razoabilidade se impõe com toda contundência na solução dessa controvérsia.

Em um exame detido, percebe-se que os Ministros utilizam-se da técnica da subsunção e não a otimização para chegar a uma conclusão. Ou seja, a desclassificação dos candidatos foi razoável ou não, os meios utilizados são coerentes e adequados ao sistema jurídico ou não. A despeito de denominarem a razoabilidade como princípio, não se percebe qualquer maleabilidade na aplicação em graus dessa norma, no sentido de ser mais ou menos razoável. Não há variados graus de razoabilidade, mas, dentro de uma circunstância fática, determinada ação é adequada aos fins que se destina e ao ordenamento ou não.

Da mesma forma, na ADIN 3324 sobre o art. 1º da Lei 9536/97 que trata sobre a transferência de alunos entre escolas privadas e públicas, julgada em dezembro de 2004:

Para Sepúlveda Pertence, “a solução para privilegiar um determinado grupo social deveria ter razoabilidade tal que não ofendesse o princípio da proporcionalidade. (...) Por isso votei dentro do princípio da razoabilidade e proporcionalidade”.

Percebe-se o mesmo padrão na ADIN n. 3112 sobre o Estatuto do Desarmamento, julgada em maio de 2007. Nos termos de Lewandowsky:

As agremiações partidárias requerentes entendem desatendido o princípio da razoabilidade e vulnerado o devido processo legal. (...) Alega-se que o art. 28 vulnera o princípio da razoabilidade, porquanto fixou idade mínima para a aquisição

de arma de fogo em 25 anos de idade. Não reconheço qualquer ofensa ao referido princípio pois, além de ser lícito à lei ordinária prever a idade mínima para a prática de determinados atos, a norma impugnada, ao meu ver, tem por escopo evitar que sejam adquiridas armas de fogo por pessoas menos amadurecidas psicologicamente ou que se mostrem, do ponto de vista estatístico, mais vulneráveis ao seu potencial ofensivo.

Aliás, a própria doutrina alexyana é utilizada de forma expressa e equivocada no corpo da mesma decisão, como se nota no voto de Gilmar Mendes:

Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis. Esse entendimento pode ser traduzido segundo o postulado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual, como ensina Alexy: pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Com efeito, conforme entendimento de Virgílio da Silva (2003, p.4), “mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses “mandamentos fundamentais” de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria de regras”. Assim, cometem sincretismo metodológico na medida em que misturam as teorias de Geraldo Ataliba e Robert Alexy, despreocupadamente.

A título de explicação, segundo Virgílio da Silva (2003, p.625), o sincretismo metodológico consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem, presente em algumas doutrinas e fundamentações jurídicas de decisões judiciais.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se que, a depender da teoria a ser aplicada, a razoabilidade pode ser princípio ou regra.

Segundo a teoria alexyana, a razoabilidade seria regra, pois não há como ser aplicada em meio termo, ou seja, não produz efeitos em variadas medidas. Ao contrário, é aplicada de forma constante por subsunção.

Já a tradição brasileira, consiste em entender como princípios as normas de caráter abstrato e de cunho fundamental ao sistema jurídico. Assim, a norma em estudo é comumente utilizada como princípio pela doutrina pátria.

Talvez seja essa a razão do Supremo Tribunal Federal recorrentemente denomina a razoabilidade de princípio constitucional implícito ao utilizá-la na fundamentação das decisões. No entanto, a suprema corte usa essa terminologia por comodidade, pois a aplica com estrutura de regra, nos moldes alexyanos. Ou seja, como uma norma a ser subsumida pelo caso concreto ou não, sem variações ou otimizações. E ainda, na mesma fundamentação do acórdão, faz uso expresso da doutrina alexyana. Assim, comete sincretismo metodológico na medida em que mistura as teorias de Geraldo Ataliba e Robert Alexy.

Tal equívoco é percebido mais facilmente nos seguintes acórdãos, todos julgados pelo Tribunal Pleno: MS 28594/DF, Relatora Min. Carmen Lúcia, julgamento em 06/10/2011; MS 28603/DF, Relatora Min. Carmen Lúcia, julgamento em 06/10/2011; ADI 3112/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 02/05/2007; ADI 3324/DF, Relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 16/12/2004.

Conforme a visão de Virgílio Afonso da Silva, não há classificação certa ou errada, mas apenas classificações metodologicamente coerentes. Não obstante, a distinção de grau entre princípios e regras não parece satisfatória, porque não analisa a estrutura qualitativa no momento da aplicação do Direito, que é o momento mais relevante na vida de uma norma.

Ademais, o hábito dos juristas brasileiros de transformar normas consideradas de grande relevância em princípios facilita a banalização dos princípios, considerados enquanto tais apenas pela citada característica, o que dificulta o trabalho hermenêutico de interpretação e aplicação do Direito.

De toda forma, é a maneira como a norma é aplicada e não sua nomenclatura que efetivamente influenciará na caracterização da teoria utilizada. Desta feita, é de se exigir uma aplicação coerente da teoria de regras e princípios pelo Supremo Tribunal Federal, órgão esse que pretende se erigir como principal norteador do trabalho interpretativo constitucional.

As classificações devem ser metodologicamente sólidas para não cair em contradição, assim, ao usar critérios estabelecidos por Robert Alexy é preciso cuidado ao se fazer uma tipologia de princípios.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Malheiros Editores: São Paulo, 2008.
- ATALIBA, G. *República e Constituição*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1985.
- ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GUERRA, M. L. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 234p.
- LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.841.

MORAES, A. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2009.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19.ed. São Paulo: Método, 2011.

PONTES, H. C. *Princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. 207p.

SAMPAIO, J. A. L. Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais. Del Rey: Belo Horizonte, 2013.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, L. V. A. da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. 2003. p.607-630.

SILVA, L. V. A. da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, Ano 91, Vol. 798, abr. 2002. p.23-50.

TORRES R. L. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

TOURINHO, R. *Discricionabilidade Administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2009. 338p.

VILHENA, L. C. Os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade e o Direito Tributário. Dissertação de Monografia. 2012. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/363/Monografia_Leonardo%20Carneiro%20Vilhena.pdf?sequence=1. Acesso em: 26 nov. 2013.