

NOTAS DISTINTIVAS ENTRE O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

DISTINCTIVE NOTES AMONG THE PRINCIPLE OF PONDERATION AND THE PRINCIPLES OF PROPORTIONALITY AND REASONABILITY

Artigo submetido em 22 de setembro de 2024

Artigo aprovado em 27 de setembro de 2024

Artigo publicado em 30 de setembro de 2024

Cognitio Juris

Volume 14 - Número 56 - Setembro de 2024

ISSN 2236-3009

Autor(es):

Alex Faria Pereira[\[1\]](#)

RESUMO: O artigo explora a distinção entre os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e ponderação no Direito Processual Civil Brasileiro, com base nas reflexões de um semestre acadêmico na PUC-SP. Através da análise teórica de Robert Alexy, o estudo destaca que a ponderação é um meio de efetivar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, mas não deve ser confundida com eles. A positivação desses princípios no Código de Processo Civil de 2015 reforça sua importância no sistema jurídico brasileiro,

garantindo decisões mais adequadas aos casos concretos.

Palavras-chave: Proporcionalidade, Razoabilidade, Ponderação, Direito Processual Civil

ABSTRACT: The article explores the distinction among the principles of proportionality, reasonableness, and ponderation in the Brazilian Civil Procedure Law, it is based on the reflections of an academic semester at PUC-SP. Through the theory analysis of Robert Alexy, this study emphasizes that ponderation is a means of making the principles of proportionality and reasonableness effective, but it should not be confused with them. The inclusion of these principles in the 2015 Code of Civil Procedure reinforces their importance in the Brazilian legal system, which ensures more appropriate decisions for concrete cases.

Keywords: Proportionality, Reasonableness, Ponderation, Civil Procedure Law.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como origem as reflexões advindas de um semestre extraordinário e das intensas discussões ocorridas na disciplina “As Normas Fundamentais no Direito Processual Civil Brasileiro”, do Mestrado Acadêmico da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). O componente curricular ocorreu sob a titularidade da Professora Doutora Arlete Inês Aurelli, com assistência do Professor Doutor Luiz Eduardo Ribeiro Mourão.

Não sendo eu um processualista por área de atuação, aprendi que ainda que um fundamento seja apresentado com ares de certeza dogmática, haverá sempre um espaço para a reflexão e a sujeição pragmática e jurídica (o espírito da academia). Essa reflexão pode revelar uma ou mais opções. Foi assim — e pelas experiências proporcionadas em aula — que, ao refletir sobre o princípio da ponderação e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, veio-me à mente que esses postulados, *a priori*, não são equivalentes, como usualmente são tratados.

A ponderação ou sopesamento, sobretudo na vertente teórica de Robert Alexy, é o meio pelo

qual se efetivam os princípios da proporcionalidade e os da razoabilidade, mas não podem ser confundidos com eles. Por outro lado, aproveitando a temática, também se havia alguma dúvida sobre a proporcionalidade e a razoabilidade, também objetivei trazer algumas pontuações em reforço a esses princípios tão essenciais ao nosso sistema jurídico e de justiça.

São essas notas que explorei e que espero que possam servir, ao menos, de provocação reflexiva para as próximas turmas do curso extraordinário do qual tive o privilégio de participar.

2 O CONCEITO DE PRINCÍPIO

Uma questão abordada sob vários ângulos pela doutrina jurídica é o conceito de princípio jurídico, como também a sua natureza no Direito.

Valendo-me da clássica lição de Maria Helena Diniz, ao menos em sua acepção mais abrangente, entendemos que princípios gerais do Direito não são tão somente preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica; são, isso sim, elementos que compõem o próprio Direito. Nas palavras da jurista, “São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivados”.^[2]

Depreende-se, assim, que os princípios estão estreitamente imbricados à norma jurídica, tendo natureza prescritiva, tanto na função ordinária de integração do Direito (LINDB, art. 4º) como na de balizamento e aplicação do Direito na atividade jurisdicional exercida pelo Estado. É essa função múltipla que Maria Helena Diniz delineia muito bem ao consignar que os princípios:

[...] São derivados das ideias políticas, sociais e jurídicas vigentes, ou seja, devem corresponder ao subconjunto valorativo e fático, que norteia o sistema jurídico, sendo assim, um ponto de união entre consenso social, valores predominantes e aspirações de uma

sociedade como sistema de direito. Daí serem princípios informadores, de forma que a supracitada relação entre norma-princípio é lógico-valorativa, apoiando-se estas valorações em critérios de valor objetivo.[\[3\]](#)

Dessa forma, ao falarmos de princípios, não mais podemos ter em mente a antiga ideia de comandos implícitos, meramente utilizados como substrato para a função integrativa do Direito. Pelo contrário, muitos princípios estão claramente positivados no nosso ordenamento jurídico, seja no âmbito constitucional, seja no infraconstitucional.

Um exemplo disso é o princípio do devido processo legal esculpido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988. O artigo 93, inciso IX, por sua vez, determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

No âmbito infraconstitucional, apenas para destacarmos o plano processual, o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, promulgada em 16 de março de 2015) trouxe, em seu primeiro capítulo, intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, a positivação de diversos princípios jurídicos tão caros à atividade jurisdicional exercida pelo Poder Público. Dentre eles, encontra-se o princípio do contraditório e da ampla defesa (CPC/15, art. 10) e o da publicidade (CPC/15, art. 11).

Destarte, a ideia que se tem de que os princípios ganharam maior relevância no ordenamento jurídico pátrio só a partir da releitura do Direito sob o prisma constitucional não é absoluta. Assim, no período da *cultura do código*,[\[4\]](#) e com uma roupagem que realçava apenas a sua função integrativa, como preconizava a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (comando integralmente reprisado no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), o ordenamento jurídico já contava com diversos princípios jurídicos importantes não só para seu mister, mas para o desfecho das demandas submetidas ao Poder Judiciário. Tanto é assim que o próprio Código de Processo Civil dedicou seus primeiros artigos a

reforçá-los, positivando-os.

No campo da teoria geral do Direito, algumas concepções também ratificam essa posição que ora se sustenta. Das lições de Miguel Reale, extraímos que:

O que cumpre desde logo desfazer é o equívoco da redução do ordenamento jurídico a um sistema de leis, e até mesmo a um sistema de normas de direito entendidas como simples “preposições lógicas”.

Mais certo será dizer que o ordenamento é o sistema de normas jurídicas *in acto*, compreendendo as fontes do direito e todos os seus conteúdos e projeções: é, pois, o sistema das normas em sua concreta realização, abrangendo tanto as regras explícitas como as elaboradas para suprir as lacunas do sistema, bem como as que cobrem os claros deixados ao poder discricionário dos indivíduos (normas negociais).^[5]

Dessa forma, mostra-se não apenas plausível, mas, a meu ver, claramente assertiva a afirmação de que os princípios estão contemplados pelo conceito de norma jurídica, assim como as regras, com extrema relevância para a consecução do Direito, sobretudo para os dias atuais.

Robert Alexy, cujas lições serão explicitadas nos itens seguintes, é quem nos apresenta uma conceituação que, embora muito criticada e contraposta por outros doutrinadores de mesma envergadura, parece-me atual e ainda com destaque sobre outras proposições, ao afirmar:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, 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. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios

e regras colidentes.[\[6\]](#)

Portanto, é importante termos claro o *status* que os princípios jurídicos ganharam com a análise do Direito a partir dos valores dimanados da Constituição Federal, que é o de verdadeira norma jurídica — apesar de reconhecer esse aspecto, particularmente, mantenho ressalvas quanto aos julgamentos de mérito que tenham como fundamento apenas princípios jurídicos, o que se deve ao possível uso da decisão judicial como elemento político pelo Estado-juiz em detrimento de seus administrados.

Vale destacar ainda o trabalho de Ivan Luiz da Silva, cuja conclusão arrima os argumentos aqui expostos. Em trabalho disponível no sítio eletrônico do Senado Federal, após extensa análise sobre o âmbito do Direito Administrativo, o referido autor conclui:

Os princípios jurídicos são mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema normativo que irradia comandos que vão influenciar a composição e aplicação de outras normas jurídicas, objetivando, assim, estabelecer a lógica e racionalidade do ordenamento jurídico.

No que tange à natureza jurídica dos princípios jurídicos, não obstante a grande polêmica sobre esse ponto, firmou-se o entendimento de que são espécies de normas jurídicas, uma vez que, segundo a corrente pós-positivista, são o fundamento do sistema constitucional e possuem caráter normativo e vinculante na resolução de problemas concretos.[\[7\]](#)

Assim sendo, a posição consagrada e fortemente ensinada pelas faculdades de Direito até o final da década de 1990 (ainda no que estou denominando como a *cultura do código*) — em que a função dos princípios estava atrelada à necessidade de integração do Direito às hipóteses de lacunas normativas (LINDB, art. 4º) e, por outro lado, enquanto o ensino do Direito Constitucional se limitava às estruturas e funções dos poderes constituídos — toma outra proporção à medida que o próprio Direito infraconstitucional passa a ser analisado sob o enfoque dos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988.

Altera-se, portanto, substancialmente a posição dos princípios jurídicos, sendo hoje balizado de forma valorativa à mesma posição das regras jurídicas; desse modo, tornando-se também uma norma jurídica constante do ordenamento jurídico pátrio.

3 POSIÇÕES CRÍTICAS REMANESCENTES

A par da força valorativa dos princípios jurídicos no Direito, também não se ignoram as correntes remanescentes que expressam fragmentos de posições que, a meu ver, são contrárias à aplicação dos princípios, como ocorre atualmente no sistema brasileiro. Mesmo não sendo o escopo deste trabalho, entendo que ao menos duas são dignas de nota, pois suscitam questões importantes quanto ao possível desvirtuamento do ordenamento jurídico, na hipótese da aplicação indiscriminada dos princípios jurídicos como parâmetro único de decisões no nosso sistema de justiça. É Celso Fernandes Campilongo, em notas preliminares de sua obra singular, quem nos exorta a essa reflexão:

Como entender o Estado de Direito num contexto em que o ordenamento jurídico é cada vez menos coerente, completo e livre de ambiguidades? Qual a função de um Judiciário que, em tese, deveria controlar os demais Poderes com base na lei, mas, na prática, atua num contexto em que uma “deliberada *ignorantia legis* não só por parte dos cidadãos mas sobretudo por parte dos operadores jurídicos é quase uma condição necessária para o funcionamento das administrações públicas e privadas e da própria atividade jurisdicional, e isto conduz, inevitavelmente, ao primado da decisão burocrática em relação à previsão legislativa?”. Surgem aqui, com toda força, espaços para a discricionariedade do Judiciário e o desenvolvimento de todas as perversões que uma “politização” da magistratura comporta: decisões *contra legem*, violações de direitos individuais e indefinições dos limites do sistema político. Numa palavra: arbítrio.^[8]

A provocação é legítima. O uso excessivo de princípios jurídicos como fundamento principal de decisões judiciais poderia desestimular a observância do próprio ordenamento jurídico,

colocando em risco suas estruturas e desaguando na seara da insegurança jurídica.

Sob um outro viés, mas na mesma esteira de Celso Fernandes Campilongo (ambos são adeptos das teorias luhmannianas), vale um destaque à exposição de Raffaele De Giorgi, em conferência realizada no Conselho da Justiça Federal, quando assim asseverou:

Os princípios são normas sem *fattispecie* normativa predeterminada e com prescrição genérica. Essa é a diferença em relação às normas que se chamam regras.

[...]

Diferentemente do que se afirma o neopensamento, os princípios não possuem conteúdo. Seu conteúdo origina-se como consequência de sua aplicação argumentativa. Antes disso, o princípio é semanticamente vazio, é a unidade da diferença daquilo a ser excluído e incluído pela argumentação. Por meio dela, o princípio torna-se um condensado semântico. Este condensado é o conceito imanente ao princípio, mas tal imanência é atribuída, não é uma disposição natural. Dito de outro modo: na medida em que a motivação dos motivos da argumentação é produzida na circularidade e na aplicação da própria argumentação no processo argumentativo, ou seja, na medida em que ela produz a si mesma, é sempre contingente, isto é, pode ser sempre diversa do que é.^[9]

Na verdade, Niklas Luhmann tinha como premissa que:

A decisão do juiz não costuma apresentar-se como uma escolha contingencial, mas em comunidade funcional com a legislação ela sustenta a seleção do direito e assim a sua positividade.^[10]

Dessa forma, o processo legislativo seria condição imprescindível para a orientação do Direito, em termos de positivação. Isso guarda consonância com ideia de acoplamento estrutural, abertura e fechamento de sistemas, que é a base de sua teoria.

Marcelo José Magalhães Bonicio, por exemplo, leciona que:

Princípios são, em geral, orientações ou caminhos a serem seguidos ou, ainda, “pautas directivas” que não possuem o caráter de regras, a ponto de servirem de solução concreta de determinados problemas, mas que orientam a solução dos problemas na direção do que for mais justo.^[11]

Trata-se de uma conceituação que evidentemente não se enquadra dentre as que estão citadas nesta seção, mas que é rica em seus elementos, pois apresenta uma corrente intermediária para esse debate.

Desse modo, são algumas pontuações que considero importantes, pois faz sentido que o uso exagerado de princípios jurídicos como parâmetro de decisões judiciais pode ser uma porta de entrada para fundamentos estranhos aos do próprio ordenamento jurídico, dando azo à prevalência de critérios subjetivos do próprio julgador. Tudo isso afrontaria diversos outros princípios já consagrados no sistema processual, tais como os da imparcialidade e da devida fundamentação das decisões judiciais.

Fato incontroverso é que houve uma extraordinária reviravolta na valoração dos princípios jurídicos e que, hoje, tais como aqueles positivados na Constituição Federal de 1988 (como, mais recentemente, no Código de Processo Civil de 2015), casos bem observados pelo Estado-juiz revelam-se verdadeiros cânones garantidores de uma atividade jurisdicional hígida a perseguir a decisão mais justa para as demandas concretas que lhe são submetidas.

4 A POSITIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como já mencionado, o novo Código de Processo Civil destinou seu primeiro capítulo inteiramente a princípios que devem nortear a atividade jurisdicional exercida pelo Estado-juiz e, evidentemente, seus partícipes.

Para alguns doutrinadores, essa condensação de princípios seria desnecessária, bastando

que fossem respeitados os já existentes na Constituição Federal ou esparsos na legislação infraconstitucional. Para outros, a opção do legislador por fazer referência a princípios constitucionais já conhecidos teria uma utilidade duvidosa, podendo criar determinados problemas de ordem prática, como o de se saber se o juiz estaria vinculado apenas aos princípios elencados, porém sem a observância dos demais.[\[12\]](#)

A meu ver, a iniciativa do legislado foi muito salutar, pois não só houve a ratificação da incidência de princípios já existentes e que permeiam todo o percurso do processo, como também positivou princípios que apenas se extraíam da interpretação doutrinária — razão de todo o debate inicial deste texto.

Os exemplos mais concretos disso — e que é o cerne deste trabalho — são os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Pode-se afirmar que se antes tais princípios eram obtidos apenas mediante a interpretação doutrinária e a construção argumentativa, tiveram sua existência e sua aplicabilidade consagradas no novo Código de Processo Civil pela seguinte redação:

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.[\[13\]](#)

Assim, se, antes, havia alguma dúvida de que para se chegar a uma decisão mais justa era necessária a ponderação de valores por meio dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não o fazendo por falta de comando legal, o novo Código de Processo Civil resolveu essa questão positivamente e sem sombras de dúvidas.

O artigo 8º do novo Código de Processo Civil, no que tange aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, serve ao julgador legalista, pois o dota de duas pautas para calibragem de suas decisões quando da aplicação em caso concreto; serve ao julgador positivista, para eventuais adequações no procedimento de subsunção do fato à norma, ou

vice-versa; serve, também, ao juiz pragmatista, uma vez que facilita o seu processo de revisão da jurisprudência e a adequação ao caso concreto, fornecendo a chave argumentativa para a adoção de elementos extrajurídicos para tomada de uma decisão mais justa.

Nessa linha, Nelson Nery Junior bem elucida do que estamos tratando:

Segundo o princípio da proporcionalidade, também denominado “lei da ponderação”, na interpretação de terminada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.[\[14\]](#)

Desse modo, a inovação trazida pelo Código de Processo Civil indubitavelmente trouxe melhorias ao sistema processual brasileiro, pois, em seu todo, trata-se de valores que deverão ser observados não apenas nessa ou naquela fase dos autos, mas, sim, em quaisquer das fases do processo e da própria atividade jurisdicional (ressalvadas, evidentemente, as suas particularidades ditadas pela própria legislação de regência). Um novo código que ressalva a sua própria aplicação nos preceitos contidos na Constituição Federal, bem como em premissas principiológicas maiores, por si só, com todo o respeito às posições críticas, demonstra um nível de aprimoramento e sofisticação da atividade legislativa de forma extraordinária.

5 O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO OU SOPESAMENTO

Questão central deste trabalho é o princípio da ponderação ou sopesamento por meio das pautas da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, duas notas preliminares sobre essa temática são relevantes.

A primeira: o princípio da ponderação ou sopesamento de princípios, por mais que se possa

encontrá-lo em obras jurídicas diversas, tem como o seu maior expoente Robert Alexy, na formulação da sua *teoria dos direitos fundamentais*.[\[15\]](#)

A segunda: percorrendo a doutrina sobre o tema, constata-se uma falta de uniformidade conceitual, ora tratando a ponderação e o sopesamento como um princípio autônomo, ora confundindo-o com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É fato que a maior utilização dos princípios jurídicos na fundamentação de decisões judiciais trouxe à baila um problema há muito enfrentado pela doutrina no âmbito das regras jurídicas, a saber: a colisão de parâmetros diversos. Para essas, o próprio ordenamento já previa critérios para a resolução dos eventuais conflitos existentes entre regras jurídicas, seja no aspecto temporal, seja no hierárquico (LINDB, art. 2º).

Na colisão entre princípios jurídicos, foi a teoria de Robert Alexy que ganhou maior projeção — sendo exaltada por alguns, ainda que criticada por outros. Para o jurista alemão, as hipóteses de resolução de conflitos entre princípios jurídicos diferem das fórmulas utilizadas nos casos de conflitos entre regras.

O conflito entre regras somente pode ser resolvido ou com a introdução, em uma delas, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se uma das regras for declarada inválida. Para a colisão entre princípios, um deles deverá sofrer maior ou menor grau a ser desconsiderado em prevalência do outro, porém sem que isso signifique que o princípio desconsiderado seja tido por inválido.

Na sua teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy sustenta:

[...] Se dois princípios colidem — o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido —, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é

que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios — visto que só princípios válidos podem colidir — ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.^[16]

Portanto, o princípio da ponderação ou sopesamento é uma relação condicional estabelecida entre princípios, a depender do caso concreto posto em julgamento. Assim ratifica Lucas Fucci Amato:

A colisão entre princípios trata da prevalência, no caso concreto, de determinada norma sobre a outra, ambas válidas e aplicáveis. A solução da colisão se dá pela “ponderação” ou “sopesamento”, segundo o postulado da proporcionalidade.^[17]

Desse modo, uma primeira premissa teórica identificável é que ponderação ou sopesamento não se confunde, *a priori*, com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A forma pela qual ocorre essa ponderação/sopesamento é que se valerá dos referidos princípios, em que pese também ser uma hipótese válida a ponderação de outros postulados fundamentais contidos no ordenamento jurídico.

A segunda premissa teórica é a de que, uma vez entendido por conceito de princípio jurídico o de *mandamentos de otimização*, na acepção da possibilidade de extração máxima do seu comando, dentro dos limites fáticos e jurídicos, o exercício cognitivo valorativo do julgador implicará o máximo juízo de ponderação. É por isso que o próprio Robert Alexy baliza a máxima da proporcionalidade em três outros subprincípios ou critérios, a saber: (i) da adequação; (ii) da necessidade; e (iii) da proporcionalidade em sentido estrito.

Lucas Fucci Amato sintetiza esses critérios, ao comentar a obra de Alexy, consignando que:

[...] o juízo de adequação diz respeito às possibilidades fáticas da realização do princípio; é a avaliação instrumental, de meios e fins. O juízo de necessidade considera as possibilidades fáticas (meios alternativos) e jurídicas (gravosidade ao princípio/direito em colisão). O juízo de proporcionalidade em sentido estrito, por fim, centra-se apenas nas possibilidades jurídicas de otimização dos princípios — um deles não pode afastar o outro de maneira absoluta, pois ambos são válidos e tratam de direitos e obrigações tutelados pelo ordenamento.^[18]

Por esse prisma, conclui-se que o princípio da ponderação ou sopesamento, em um primeiro momento, não se confunde com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Trata-se de uma relação condicional estabelecida entre princípios, objetivando a decisão mais justa para o caso concreto, em que um princípio obterá prevalência sobre o outro, sem que isso importe na invalidade do princípio preterido.

Em um aparente sentido contrário, Sylvia Marlene de Castro Figueiredo sustenta que Robert Alexy, embora vislumbrasse uma íntima conexão entre a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade, conferia aos seus subprincípios o caráter de regras jurídicas e não de princípio jurídico. Isso porque, na ótica de Alexy, adequação, necessidade e proporcionalidade, estrito senso, não se relacionam segundo uma regra de precedência, como ocorre com os princípios.

Afirma, ainda, que Alexy reconhecia que a regra da proporcionalidade, em sentido estrito, decorria das possibilidades jurídicas de aplicação dos princípios; e as regras de necessidade e de adequação, das possibilidades fáticas dos mandamentos de otimização. Assim, os subprincípios da ponderação e do sopesamento se dividiriam em duas classes: a dos que guardariam natureza com regras jurídicas (adequação e necessidade); e a dos que estariam atrelados aos princípios jurídicos (proporcionalidade em sentido estrito).

Particularmente, não extraio essa diferenciação das teorias de Robert Alexy. A própria Dra.

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo conclui sua afirmativa realçando “[...] que adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso não podem ser tratadas como regras jurídicas [...]”.^[19] Claramente, é para o exercício da ponderação ou do sopesamento que o julgador se valerá dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo que, para isso, deverá observar os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

6 OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por si sós, não são sinônimos do juízo de ponderação e do sopesamento exercidos pelo julgador quando do processo de deliberação judicial. É daí que a doutrina tem uma certa dissonância quanto ao seus conceitos: uns classificam-nos tão somente como princípio da razoabilidade, cuja proporcionalidade seria apenas uma espécie; outros tratam a proporcionalidade e a razoabilidade como expressões análogas ou fungíveis entre si; outros, ainda, adotam nomenclaturas territoriais, considerando os países cujo papel foi preponderante para o seu desenvolvimento (a Alemanha, para o de razoabilidade; os EUA, para a proporcionalidade ou proibição de excesso);^[20] outros até mesmo graduam mais um do que o outro.

O Direito Administrativo, que foi um dos ramos do Direito que serviu de campo fértil para o desenvolvimento desses dois princípios, também não guarda uniformidade de conceitos. Por exemplo, Adilson Josemar Puhl sustenta a clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim leciona:

Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ater-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da

razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade.[\[21\]](#)

No novo Código de Processo Civil, não resta dúvida de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram positivados como postulados diversos. Para ter esse entendimento, basta a leitura atenta de seu artigo 8º, que assim prevê:

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Sob esse enfoque, Marcelo José Magalhães Bonicio, ainda que ressalvando que, ao menos na prática, fosse melhor a utilização apenas da expressão proporcionalidade, leciona que:

A exigência de razoabilidade aparece, inicialmente, como uma forma de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, mas, vista sob a ótica do processo, é uma garantia de que o juiz terá que adotar decisões razoáveis, ou seja, sem excessos ou omissões (equilibradas). Na verdade, ao menos em termos processuais, a utilização da proporcionalidade ou da razoabilidade encontra sentido quando se tem em vista a busca por um “processo justo”, que é um conceito que remete ao conhecido “devido processo legal” ou ao “devido processo constitucional.”[\[22\]](#)

Em artigo acadêmico, Arlete Inês Aurelli, faz uso da doutrina para acentuar que:

Proporcionalidade e razoabilidade, normalmente, são tratadas como se fossem um mesmo princípio, mas Leonardo Carneiro da Cunha explica que há diferença entre eles com relação aos fundamentos em que cada um se apoia. Enquanto a razoabilidade se refere à legitimidade da escolha dos fins, a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins escolhidos. Para aplicá-los, o juiz utiliza um juízo de

ponderação, fundamentando a escolha, nos termos do art. 489, § 2º, do CPC/15 (LGL\2015\1656). Assim, podemos dizer que a norma inserta no art. 8º, de certa maneira, fundamenta o princípio da ponderação.[\[23\]](#)

Essa conceituação parece mais adequada e enaltece a positivação ocorrida pelo Código de Processo Civil de 2015, pois, ao contrário, não faria nenhum sentido a nova legislação processual diferenciar os dois princípios no seu artigo 8º, de forma a gerar embaraços na sua aplicação.

Por outro lado, não obstante a sua variação conceitual, é assente na doutrina que tanto o princípio da proporcionalidade como o da razoabilidade são uma adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios utilizados para atingi-la,[\[24\]](#) ainda mais, entre a norma extraída dos princípios jurídicos — premissas jurídicas — e a sua aplicação ao caso concreto. É nesse sentido que se extrai que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são garantias contra o arbítrio do Estado e, modernamente, pautas ou postulados para o exercício da atividade jurisdicional na árdua tarefa de se alcançar a decisão judicial justa.

Portanto, proporcionalidade e razoabilidade são vetores garantidores, cuja efetivação ocorre por meio do exercício da ponderação ou sopesamento pelo detentor estatal do poder-dever de julgar. Os primeiros são os critérios, enquanto a ponderação é o meio — motivo pelo qual não se podem confundir os referidos princípios.

Nas lições de Teresa Arruda Alvim, em obra elaborada em coautoria com diversos outros doutrinadores, essa diferenciação pode ser notada da própria analogia que se faz acerca da interpretação que se deve conferir à proporcionalidade e à razoabilidade contida no novo Código de Processo Civil. Vejamos:

A razoabilidade e a proporcionalidade são expressões próximas e muitas vezes utilizadas no mesmo sentido, aliás, é assim que devem ser tratadas no novo Código, ou seja, como normas de ponderação na aplicação das regras procedimentais. Ora, não são raras as oportunidades

em que o juiz tem dificuldades para decidir uma questão processual controvertida ou mesmo escolher o melhor caminho entre uma e outra interpretação. Tomemos como exemplo os temas a respeito das condições da ação, dos pressupostos processuais, das provas, da concessão ou não de liminares, do julgamento antecipado ou liminar do processo, e assim sucessivamente. (...) Para sair desse dilema, o julgador, muitas vezes, faz a comparação entre os interesses em jogo e, ao final, escolhe aquele que considera mais valioso. Nessa opção, obviamente, o magistrado observa o caso concreto e aplica a norma jurídica que mais se harmoniza com a finalidade social, com as exigências do bem comum e com a dignidade humana, todos os vetores valorativos que informam o direito processual. Esta atividade de interpretação bem retrata a utilização da proporcionalidade.[\[25\]](#)

Esta é a conclusão a que também se chega ao analisamos a técnica decisória de modulação de efeitos, prevista na Lei n.º 9.868/99 (ADI) e na Lei n.º 9.882/99 (ADPF): que o Supremo Tribunal Federal pode limitar os efeitos de seus julgados para a preservação de bens maiores. Veja-se que há um juízo de proporcionalidade e razoabilidade nesse tipo de mitigação de efeitos, evidentemente, exercício de juízo de ponderação entre decisão e consequências; contudo, o seu veículo de efetividade é a previsão legal da técnica de modulação de efeitos em sede de controle concentrado. Há expressa previsão nas Leis especiais, ao contrário do novo Código de Processo Civil que não vai trazer em seu artigo 8º um princípio específico sobre ponderação ou sopesamento.

A evolução da jurisprudência da própria corte constitucional brasileira também aponta para essa diferenciação entre o exercício da ponderação e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, culminando no julgamento do HC n.º 82424, de relatoria para o acórdão do ministro Maurício Corrêa. Nele, discutia-se a colisão do princípio da liberdade de expressão em face do crime de injúria racial. Houve intenso debate entre os ministros, com destaque para os votos dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, cujo exercício da ponderação, analisando os mesmos princípios em jogo, levou-os a conclusões diversas, demonstrando, pragmaticamente, que proporcionalidade e razoabilidade são critérios ou pautas, mas não o

próprio exercício de sopesamento.

Nesse sentido, a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro atravessa a diferença da aplicação dos princípios em debate:

De tudo que se vê, com efeito, que grassam agudos antagonismos doutrinários acerca da hospedagem constitucional do postulado da proporcionalidade. Embora reconheçamos que o debate não deixa de apresentar arroubos retóricos, não raro destituídos de fundamentação convincente, mas que não chegam a comprometer a compreensão eidética do princípio, somos inclinados a pensar que, no rigor histórico e também teórico, existam singularidades específicas que diferenciam o esquema de aplicação das cláusulas da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como suas respectivas conexões ou assentos constitucionais.^[26]

Assim, com o devido acatamento de todas as críticas de posições diversas, o princípio da ponderação ou sopesamento, *a priori*, não se confunde com os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade. A ponderação é o meio pelo qual o Estado-juiz pode balizar suas decisões, enquanto a proporcionalidade e a razoabilidade são os princípios que tangenciam os critérios que deverão ser observados nesse sopesamento.

Tais princípios são indissociáveis? Evidentemente que a resposta é afirmativa; mas não se pode, pelo menos no plano teórico, tratá-los como se a mesma coisa fossem.

7 CONCLUSÕES

A evolução histórica doutrinária acerca da posição dos princípios jurídicos não parece mais abrir margens para a discussão sobre a sua natureza jurídica. Assim como as regras jurídicas, os princípios são normas e têm a sua posição sedimentada no ordenamento jurídico.

Esse entendimento está mais do que ratificado pela positivação ocorrida no novo Código de Processo Civil de 2015, que reservou capítulo próprio e inaugural, dedicado a diversos princípios jurídicos que devem nortear toda a atividade jurisdicional realizada pelo Estado-

juiz.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (garantias contra eventuais arbítrios cometidos pelo Poder Público, bem como instrumento a servir o Poder Judiciário na persecução de decisões mais justas — até então extraídas de premissas fundamentais constitucionais ou da construção doutrinária) também foram positivados no artigo 8º do novel Código, encerrando toda discussão acerca da sua aplicabilidade no julgamento das demandas submetidas ao Estado-juiz.

Tanto o princípio da proporcionalidade como o da razoabilidade, ao fundo, são uma adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios utilizados para atingi-la, sobretudo, entre normas extraídas de princípios e a sua aplicação ao caso concreto. No entanto, ainda que embricados, não se confundem com o princípio da ponderação ou sopesamento oriundo das teorias de Robert Alexy.

A ponderação e o sopesamento são uma relação condicional estabelecida entre princípios, objetivando decisão mais justa para o caso concreto, cuja dinâmica determina que um princípio obterá prevalência sobre o outro, porém sem que isso importe na invalidade do princípio preterido.

A ponderação/sopesamento serve à resolução de conflitos entre princípios ou princípios e normas, sendo que, nesse ponto, vai se valer dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade para sua efetividade. Não obstante, independentemente dessa discussão que se apresenta no plano conceitual dogmático, não há mais como negar a importância desses postulados para o sistema de justiça do País.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

ALVIM, Teresa Arruda. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São

Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2015.

AMATO, Lucas Fucci. **Teoria geral do Direito**: uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

AURELLI, Arlete Inês. Medidas executivas atípicas no Código de Processo Civil brasileiro. Thomson Reuters. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 307, p. 99-121, set. 2020. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/47650>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Seminário Teoria da Decisão Judicial**.

Brasília: CJF, 2014. 186 p. (Série Cadernos do CEJ, v. 30). Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej>. Acesso em: 20 jun. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1: Teoria geral do Direito Civil.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PUHL, Adilson Josemar. **O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como instrumento assegurado dos direitos e garantias fundamentais e o conflito de valores no caso concreto**. São Paulo: Pillares, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. SILVA, Ivan Luiz. Introdução aos princípios jurídicos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 40, n. 160, out./dez. 2003, p. 284. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/918/R160-19.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 21 jun. 2024.

[1] Mestrando em Direito Constitucional pela PUC-SP. Especialista em Direito Tributário e Direito Processual Civil pela PUC-SP. Advogado do setor bancário e financeiro.

[2] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 73. v. 1: Teoria geral do direito civil.

[3] *Ibid.*, p. 71.

[4] Prevalência da Lei positivada no julgamento de demandas judiciais.

[5] REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva: 2002. p. 190.

[6] ALEXY, Robert; TOLEDO, Cláudia (org.). *Sistema de Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2022. p. 90.

[7] SILVA, Ivan Luiz. Introdução aos princípios jurídicos. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 40, n. 160, out./dez. 2003, p. 284. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/918/R160-19.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 21. jun. 2024.

[8] CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

[9] Seminário Teoria da Decisão Judicial – Argumentação Jurídica a partir da Constituição. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rKoWPzY5q8o>. Transcrição disponível na série Cadernos do CEJ, 30, p. 125 e 127. Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej>. Acesso em: 21 dez. 2023.

[10] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 235-236.

[11] BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2016. p. 22.

[12] BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2016. p. 18.

[13] **Lei n.º 13.105, de 16** de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

[14] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.

303.

[15] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

[16] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 93-94.

[17] AMATO, Lucas Fucci. *Teoria geral do Direito: uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 236.

[18] AMATO, Lucas Fucci. *Teoria geral do Direito: uma introdução ao estudo do pensamento jurídico contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 236.

[19] FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Paulo: RCS, 2005. p. 186-188.

[20] PUHL, Adilson Josemar. *O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como instrumento assegurador dos direitos e garantias fundamentais e o conflito de valores no caso concreto*. São Paulo: Pillares, 2005. p. 59.

[21] *Ibid.*, p. 66, *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 56.

[22] BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2016. p 36.

[23] AURELLI, 2020 *apud* CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, p. 65-84, jul. 2014. Disponível em:

www.academia.edu/9253169/A_previs%C3%A3o_do_princ%C3%ADpio_da_efici%C3%Aancia_

no_projeto_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil brasileiro. Acesso em: 17 abr. 2019.

[24] PUHL, Adilson Josemar. *O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como instrumento assegurador dos direitos e garantias fundamentais e o conflito de valores no caso concreto*. São Paulo: Pillares, 2005. p. 60.

[25] ALVIM, Teresa Arruda. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2015. p. 76

[26] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 201.