

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO E DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO IDP - EDAP
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RITA DE CÁSSIA MACEDO MAIA

**A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E APLICAÇÃO DA
FÓRMULA DO PESO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

BRASÍLIA - DF
JULHO 2020

RITA DE CÁSSIA MACEDO MAIA

**A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E APLICAÇÃO DA
FÓRMULA DO PESO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para a
conclusão da Graduação em Direito da
Escola de Direito e de Administração
Pública do IDP - EDAP.

**Orientador: Prof. Me. Marcos Vinícius
Lustosa Queiroz**

BRASÍLIA - DF
JULHO 2020

RITA DE CÁSSIA MACEDO MAIA

**A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E APLICAÇÃO DA
FÓRMULA DO PESO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para a
conclusão da Graduação em Direito da
Escola de Direito e de Administração
Pública do IDP - EDAP.

Brasília-DF, 31 de julho de 2020.

Prof. Me. Marcos Vinícius Lustosa Queiroz
Professor Orientador

Prof. Dr. Bruno André Silva Ribeiro
Membro da Banca Examinadora

Profa. Me. Janete Ricken Lopes de Barros
Membro da Banca Examinadora

A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E APLICAÇÃO DA FÓRMULA DO PESO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

THE PROPORTIONALITY IN A STRICT SENSE AND APPLICATION OF THE WEIGHT FORMULA IN THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Rita de Cássia Macedo Maia

SUMÁRIO

Introdução; 1 Normas, Princípios e Regras; 2 Teoria dos Princípios e Proporcionalidade; 2.1 Adequação e Necessidade; 2.2 Proporcionalidade em Sentido Estrito - Sopesamento; 3 Fórmula do Peso; Conclusão; Referências.

RESUMO

O objeto do presente estudo é analisar o desenvolvimento da máxima da Proporcionalidade na teoria do jusfilósofo alemão Robert Alexy, proporcionando maior abertura e visibilidade à teoria, ainda pouco difundida no Brasil, e enfatizando a necessidade de uma metodologia de decisão judicial alicerçada na lógica. Durante o desenvolvimento do trabalho, foi identificado que a utilização da teoria alexyana em referências teóricas (artigos, livros, revistas e etc.) e em decisões do Supremo Tribunal Federal, muito frequentemente, é realizada de forma desvirtuada. Por isso, para garantir a clareza e objetividade pretendidas neste trabalho, optou-se por ter como referencial de pesquisa, principalmente, a obra do próprio autor, suas palestras e conferências proferidas. Esclareça-se também que o estudo não adentra na parte mais complexa da teoria, que corresponde à escala “duplo triádica”, limitando-se à escala triádica simples, que é a base daquela. Concluiu-se que a aplicação do exame da proporcionalidade em sentido estrito tem aptidão de reduzir angústias e promover resultados plausíveis no juízo de proporcionalidade exigido nos casos de conflitos entre normas de Direitos Fundamentais com caráter de princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Robert Alexy. Direitos Fundamentais. Proporcionalidade. Sopesamento. Racionalidade.

ABSTRACT

The object of the present study is to analyze the development of the maxim of Proportionality in the theory of the German jusphilosopher Robert Alexy, providing greater openness and visibility to the theory, still not widespread in Brazil, and emphasizing the need for a judicial decision methodology based on logic. During the development of the work, it was identified that the use of alexyana theory in theoretical references (articles, books, magazines, etc.) and in decisions of the Federal Supreme Court, very often, is performed in a distorted way. Therefore, in order to ensure the clarity and objectivity intended in this work, it was decided to use the author's own work, his lectures and lectures as his research reference. It should also be clarified that the study does not enter the most complex part of the theory, which corresponds to the “double triadic” scale, being limited to the simple triadic scale, which is the basis of that. It was concluded that the application of the proportionality examination in the strict sense has the ability to reduce distress and promote plausible results in the

proportionality judgment required in cases of conflicts between fundamental rights norms with a character of principles.

KEYWORDS: Robert Alexy. Fundamental Rights. Proportionality. Weighting. Reason

INTRODUÇÃO

O exame de proporcionalidade é uma das ferramentas do controle de constitucionalidade mais utilizada pelas cortes constitucionais e metodologia argumentativa com maior inserção na jurisprudência comparada, o que se justifica também pela ampla aceitação na dogmática jurídica.

Cada vez mais aclamado como método de averiguação de legitimidade das restrições de preceitos fundamentais, entretanto, a forma como a proporcionalidade se disseminou por todo mundo, sem conhecimento adequado da sua estrutura, é inviável. Daí a necessidade de uma estrutura racionalmente definida, com precisão metodológica, para alcance de um parâmetro comum.

Com vistas à obtenção de uma métrica que possibilite a aplicação da proporcionalidade de forma harmônica, Alexy desenvolveu a lei de sopesamento, ou balanceamento, ou ponderação, que se abre numa discussão teórico normativo no sentido de separar normas de direitos fundamentais entre regras e princípios.

Nesse raciocínio, as garantias estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais devem ser compreendidas como princípios, e as regras surgem da fixação de relações de precedência como resultados de sopesamentos. Como em modelo desse tipo, as regras são inteiramente dependentes dos princípios, ele pode ser definido como um modelo puro de princípios.

De acordo com a teoria dos Direitos Fundamentais desenvolvida por Alexy, regras são comandos com estrutura definitiva e sua forma de aplicação se dá pela consunção. Já os princípios são mandados de otimização e devem ser aplicados na máxima extensão possível. Analisados de forma isolada, os princípios contém somente um comando *prima facie*, as possibilidades jurídicas são determinadas pela oposição entre diferentes princípios.

O caráter de otimização dos princípios leva a uma conexão necessária com a máxima da proporcionalidade, dedutível dessa natureza.

Diante da discussão sobre conflitos entre direitos fundamentais e da prevalência de um sobre o outro numa situação concreta, para obtenção da objetividade exigida do juízo de proporcionalidade, esta se divide em três subprincípios que a compõe: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Os três expressam ideia de otimização que deve ser feita tanto em relação aos aspectos fáticos quanto aos juridicamente possíveis. A adequação e a necessidade representam os componentes fáticos, e a proporcionalidade em sentido estrito trabalhará em favor das possibilidades jurídicas do direito fundamental.

Para esclarecer, em maior detalhe, o sentido daquele que dos três subprincípios é talvez o que apresenta maior dificuldade de aplicação prática, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito - ponderação propriamente dita, Alexy elaborou sua fórmula do peso, expressão formal da estrutura argumentativa que atribui visibilidade, externaliza o que antes foi tratado no plano abstrato.

Importante esclarecer que expressões próprias da matemática como ‘fórmula’, ‘variáveis’ e ‘grandezas’, no discurso de Alexy, tem caráter metafórico. O jusfilósofo é taxativo ao afirmar que seu modelo não é matemático e sim lógico.

O fundamento primordial da teoria é a ideia de que a aplicação racional dos direitos fundamentais, necessariamente, pressupõe análise da proporcionalidade, que por conseguinte só pode ser viabilizada com base numa teoria de argumentação jurídica.

A despeito das críticas, até o momento, acredita-se ser a tese com maior consistência metodológica para solução de conflitos entre direitos fundamentais no controle de constitucionalidade.

1 NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS

Acerca das discussões que envolvem a utilização do termo norma, tanto quanto outras a ela relacionadas como regra, mandamento e preceito, Alexy chama atenção para a importância da palavra, um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos.¹ Essa relevância se deve, entre outros motivos, pela diversidade de significados que um signo linguístico adquire, não apenas no Direito, mas também na linguagem coloquial e em outras ciências, como na Sociologia, na Etnologia, na Filosofia Moral e na Linguística.² Tal diversidade gera riscos advindos da instabilidade no emprego

¹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008, p. 52.

²ALEXY, Robert. **Teoria da Proporcionalidade**. Conferência. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=QH9aQ9taj5Y>.

do vocábulo. Em todos esses âmbitos, caracterizado pela variedade de sentidos com que isso ocorre, pela vagueza que o acompanha em todos esses sentidos e pelas disputas que sempre suscita, especialmente quando tal termo é empregado fora de seu uso mais óbvio.³

Nesse contexto da mutabilidade da palavra, Wesley Hohfeld alerta que, “em qualquer análise mais atenta de um problema, seja ele jurídico ou não, palavras camaleônicas são um risco tanto para a clareza de pensamento quanto para a lucidez na expressão”.⁴

Face à polissemia da palavra, Alexy propõe um modelo semântico, compatível com as mais variadas teorias sobre validade. A concepção semântica de norma distingue de forma estrita entre os conceitos de norma e de sua validade. Não pressupõe nem exclui nenhuma outra teoria.⁵

O ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo. O enunciado é a forma de expressão, a norma o significado. Toda norma pode ser expressa por meio de um enunciado normativo.⁶

O conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário.⁷ É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma e não no do enunciado normativo.

Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deônticas.⁸ A lógica deôntica, que deriva da expressão grega "o que deve ser", é a lógica dos conceitos e dos enunciados. Os conceitos básicos são os de dever, de proibição e de permissão. Enunciados deônticos são construídos com o auxílio desses conceitos.

Para compreender essa diferenciação, suficiente resumir as diferentes modalidades

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008.

⁴ HOHFELD, Newcomb. **Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays**, New Haven: Yale University Press, 1923, p. 35

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

⁶ ALEXY, Robert. **Fundamental Rights**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ShHnrXK7SQs&t=1263s>

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008.

⁸ Em vez da expressão consagrada "lógica deôntica", que deriva da expressão grega "o que deve ser", seria possível utilizar também as expressões "lógica do dever-ser", ou "lógica normativa". O termo "deôntico" foi utilizado pela primeira vez por Mally (cf. Ernst Mally, Grundgesetze des Sollens: Elemente der Logik des Willens, Graz: Leuschner und Lubensky, 1926, republicado em Ernst Mally, Logische Schriften, Dordrecht: Reide, 1971, pp.227-324,p.232.(Apud.Alexy)

deônticas ao conceito de dever-ser e, a partir disso, distinguir entre enunciados afirmativos - expressam algo que é, devido, proibido etc; e normativos - expressam algo que deve-ser.

Para esclarecimento de como identificar o que pode ou não ser reconhecido como um enunciado deôntico, usaremos o exemplo que contém o conceito básico de proibição, no caso de extradição de um nacional, segundo Alexy

Quando a norma segundo a qual é proibido extraditar um alemão é expressa por enunciados como (1) 'nenhum alemão pode ser extraditado', (1') 'é proibido extraditar alemães' ou (1'') 'alemães não podem ser extraditados'. Enunciados como estes são caracterizados pelo uso de expressões deônticas como 'permitido', 'proibido' e 'devem'. Por essa razão devem eles ser chamados de 'enunciados deônticos'. Por outro lado, não são enunciados deônticos nem os enunciados imperativos, como "jamais um alemão será extraditado!", nem os enunciados indicativos sem expressões deônticas, como "alemães não serão extraditados" (1'''). Sempre que esses enunciados expressarem normas, será possível transformá-los em um enunciado deôntico que expresse a mesma norma. Nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico. Isso tem uma importância que não deve ser subestimada, pois é possível construir formas padrão para enunciados deônticos que permitam identificar a estrutura das normas que elas expressam. As formas padrão dos enunciados deônticos são o último estágio antes da apresentação da estrutura lógica das normas por meio de uma linguagem baseada em fórmulas.¹²

Até aqui tratou-se de normas em geral. A teoria de Alexy, importante reforçar, trata especificamente de normas de direitos fundamentais.

Normas de direitos fundamentais são normas. Por isso, o conceito de norma de direito fundamental compartilha de todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma. Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente.⁹

Em relação à indagação sobre o que são normas de direitos fundamentais, a questão pode ser formulada de forma abstrata ou concreta. Abstrata quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independentemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição, pode ser identificada; concreta quando se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico são normas de direitos fundamentais e quais não.

⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã "Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag", Malheiros São Paulo/SP, 2008, p. 57.

A pergunta a ser feita, portanto, é a segunda, especialmente referindo-se à Constituição brasileira. Uma resposta clara e resumida é apresentada por Paulo Gonet: para o direito brasileiro, só é direito fundamental aquele previsto na constituição, diploma constitucional e tratado internacional inserido por emenda.¹⁰

Toda norma é ou uma regra ou um princípio. Essa distinção não é nova. Mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização frequente, a seu respeito imperam falta de clareza e polêmica. Além de uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, há delimitação em relação a outras coisas.

Em relação à importância dessa distinção, conforme Alexy

Quanto à análise da estrutura da norma de direito fundamental, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Sem a qual não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.¹¹

Como pode ser observado, a distinção entre regras e princípios é qualitativa e não uma distinção de grau.¹² Sobre conceitos de normas de direitos fundamentais, para melhor compreensão, vale também as palavras de Friedrich Müller

São garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias individuais e sociais. Esses âmbitos materiais são transformados em âmbitos normativos por meio do reconhecimento constitucional e da garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma. Os âmbitos normativos participam da normatividade prática, isto é, eles são elementos co-determinantes da decisão jurídica.¹³

Regras são construções com comandos definitivos. Se for válida e estiverem preenchidas as condições de validade, é exigido que seja cumprida, precisamente naquilo que ela exige; nem mais, nem menos.¹⁴

¹⁰BRANCO, Paulo Gonet. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LJub1ePN6a8>

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008, p. 59.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008.

¹³ MÜLLER, Friedrich **Die Positivität der Grundrechte** Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 11.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008.

Princípios são mandados de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹⁵

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se é introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.¹⁶ As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma diversa. Se dois princípios colidem, um 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.¹⁷ O que acontece é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

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.¹⁸

De acordo com Alexy, a forma ideal de aplicação da regra se dá pela consunção, e a determinação do grau adequado de satisfação de um princípio em relação a outro, sem que haja exclusão de um deles, é obtido pelo sopesamento.¹⁹

O objetivo principal do Estado deve ser o bem estar da nação, o que se alcança garantindo seus direitos fundamentais. Estes estão para além de quaisquer discussões dogmáticas que, ao contrário, devem ser desenvolvidas a partir deles.

2 TEORIA DOS PRINCÍPIOS E PROPORCIONALIDADE

A respeito das questões normativas de direitos fundamentais de ordem deontológica, há duas dimensões na jurisdição constitucional: a primeira de natureza descritiva ou empírica,

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã "Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag", Malheiros São Paulo/SP, 2008.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã "Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag", Malheiros São Paulo/SP, 2008.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã "Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag", Malheiros São Paulo/SP, 2008.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã "Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag", Malheiros São Paulo/SP, 2008.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã "Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag", Malheiros São Paulo/SP, 2008.

e a segunda analítica, sendo que uma pressupõe a existência da outra.²⁰ Importante considerar que “A lógica deontica contemporânea emprega, além de operadores deonticos de obrigação, permissão e proibição, também técnicas simbólicas e matemáticas modernas na análise de discursos normativos”.²¹

A teoria de Alexy tem foco analítico e empírico, além da representação formal construída com sua fórmula do peso. Tais características são indispensáveis à racionalidade exigida de qualquer ciência, quanto mais em se tratando de princípios, tão frequentemente expostos a controvérsias de ordem subjetiva e ideológica.

Nesse contexto, segundo Alexy

Uma teoria estrutural não tem como tarefa apenas constituir a primeira peça de uma teoria integrativa dos direitos fundamentais, mas também a base e a estrutura para o que vem depois. Há uma série de razões para tanto. Clareza analítico-conceitual é uma condição elementar da racionalidade de qualquer ciência. Nas disciplinas práticas, que apenas muito indiretamente podem ser controladas por experiências empíricas, esse postulado tem um significado ainda maior. Isso vale principalmente para o campo dos direitos fundamentais, os quais são marcados por uma tradição analítica em uma medida muito menor que, por exemplo, o direito civil e expostos em medida muito maior a influências ideológicas. A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos.²²

A teoria dos princípios e proporcionalidade parte da distinção teórico normativa entre princípios e regras, sendo estas comandos com estrutura definitiva, que se aplica pela lógica do ‘tudo ou nada’, e aqueles mandados de otimização em que, observadas as possibilidades jurídicas e fáticas, devem ser realizados em sua máxima extensão possível.²³

Regras são construções com comandos definitivos. Sendo assim, preenchidas as

²⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008.

²¹ FERREIRA, Rodrigo. **Interpretação deontica e difusa das normas jurídicas**. 2014, João Pessoa/PB sitio eletrônico <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11555/1/Arquivototal.pdf>.

²²ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008, p. 43.

²³Robert Alexy. Conferência. **Teoria da Proporcionalidade** outubro/2016 <https://www.youtube.com/watch?v=QH9aQ9taj5Y>

condições de validade, é exigido que seja cumprida, precisamente naquilo que determina. Já os Princípios são mandados de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se é introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.²⁴ Ou seja, em um conflito entre regras uma deve ser integralmente excluída.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma diversa. Se dois princípios colidem, um 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.²⁵

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.

Como se trata de um modelo puro de princípios, aquele que após o sopesamento for considerado o de maior peso concreto adquire a forma de regra, devendo ser aplicado tal como se apresenta.

As proposições acerca da proporcionalidade tratam, principalmente, das questões analíticas ligadas a casos concretos.

Qualquer análise que trate da estrutura formal da proporcionalidade deve ser confrontada com casos concretos, de modo a demonstrar sua aplicabilidade. Assim como qualquer teoria da Física deve também ser colocada à prova quanto aos seus eventuais testes, experimentos e aos fatos novos.²⁶

Um princípio isoladamente vale em sua plenitude. As possibilidades jurídicas surgem e são determinadas pela oposição entre diferentes princípios. Diante desse confronto, visto

²⁴ALEXANDER, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

²⁵ALEXANDER, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

²⁶Robert Alexy. Conferência. **Teoria dos Direitos Fundamentais, Proporcionalidade e Racionalidade**. <https://www.youtube.com/watch?v=QH9aQ9taj5Y>

que um princípio não pode invalidar, excluir um ao outro, surge a natureza de otimização dessa norma, que por sua vez leva a uma conexão necessária com o princípio da proporcionalidade tido de maneira ampla.

Para alcance da objetividade exigida no juízo de proporcionalidade, diante da discussão sobre a prevalência de um direito fundamental sobre o outro numa situação concreta, a proporcionalidade se divide em três subprincípios que o compõe, quais sejam, os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que serão tratados em mais adiante.

Uma das teses centrais da teoria dos direitos fundamentais é a de que essa implica a máxima da proporcionalidade com seus três subprincípios parciais. A recíproca também é válida, ou seja, da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais.

Essa equivalência significa que os três subprincípios parciais que compõe a proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por otimização na teoria dos princípios.²⁷

A ideia de otimização expressa pelos três subprincípios deve ser feita tanto em relação aos aspectos fáticos quanto aos juridicamente possíveis. A adequação e a necessidade representam os componentes fáticos, e a proporcionalidade em sentido estrito trabalhará em favor das possibilidades jurídicas do direito fundamental.

Um outro aspecto a ser considerado é o que se refere aos conflitos entre normas que conferem direitos fundamentais dos indivíduos e os que exigem a persecução de um interesse da comunidade. Tanto os direitos individuais e coletivos podem ambos ser compreendidas como princípios. Não há que se falar em maior peso, importância, prevalência de um sobre outro de forma presumida. A sobreposição de um sobre o outro será determinada pelo resultado da análise da proporcionalidade no caso concreto.²⁸

Uma argumentação racional sobre cada um dos pontos apontados como objetos necessários de uma discussão sobre a preponderância de um princípio sobre outro, numa situação concreta, deve ser capaz de

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

atribuir a cada um destes pontos valores. Inclusive e preferencialmente distintos.²⁹

Além de compreendidos, os direitos fundamentais precisam ser efetivados. Daí a importância da correlação existente no desenvolvimento teórico de Robert Alexy sobre a ponderação e princípios jurídicos como metodologia de decisão judicial e a sua fundamentação racional.

2.1 Adequação e Necessidade

Os dois primeiros subprincípios, respectivamente a adequação e da necessidade, dizem respeito às possibilidades de realização fática do princípio.³⁰

A adequação consiste em impedir a utilização de meios que venham a obstruir a realização de um determinado princípio sem que promova um outro princípio. O objetivo, portanto, é eliminar meio não adequado.³¹ Esse subprincípio, na verdade, tem a natureza de um critério negativo.

Para melhor compreensão da forma de aplicação desse subprincípio, será ilustrado com o auxílio do exemplo usado por Alexy, julgado pela corte Alemã, que versa sobre direito do consumidor: Um cabeleireiro colocou, sem permissão, uma máquina de venda automática de cigarros em seu estabelecimento. Diante disso, as autoridades administrativas impuseram-lhe uma multa por descumprimento da lei sobre o comércio no varejo. Essa lei exigia uma permissão, que só seria concedida se o requerente demonstrasse a necessária expertise, a qual poderia ser obtida por meio de um curso profissionalizante para atuação no comércio, de uma prática de muitos anos em um estabelecimento comercial ou de um exame especial, no qual seriam testados conhecimentos técnicos comerciais. O cabeleireiro procurou a proteção do Tribunal de Saarbrücken, que se ocupou com o caso em segunda instância e considerou inconstitucional a exigência de uma demonstração de expertise comercial, nos casos de instalação de simples máquinas automáticas, e suscitou uma prejudicial de

²⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

³⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

³¹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Federal.

O Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que a exigência de uma prova de expertise para qualquer comércio de qualquer mercadoria, ou seja, também para a exploração de máquinas automáticas para vender cigarros, viola a liberdade profissional.

A fundamentação baseia-se essencialmente no fato de que a exigência de uma prova de competência comercial, no caso da exploração de uma máquina automática para vender cigarros, não é adequada para proteger o consumidor contra prejuízos à sua saúde ou mesmo econômicos e violaria o direito fundamental à liberdade profissional.

Considerados conjuntamente, os dois princípios proíbem a adoção da medida. Por essa razão, tal exigência seria proibida pela máxima da adequação.³²

Nesse exemplo está expressa a ideia de otimização. Em jogo estavam dois princípios: o da liberdade profissional e o da proteção ao consumidor. A medida adotada - exigência de demonstração de competência comercial para ter uma máquina automática de venda de cigarros não é capaz de fomentar a proteção ao consumidor e, por outro lado, embaraça a realização da liberdade profissional. Nessa situação, a medida não beneficia um dos princípios, proteção ao consumidor e, não obstante, mitiga outro princípio, liberdade profissional, o que significa que é inadequada.

O segundo subprincípio, o da necessidade, exige que dentre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso na realização dos princípios colidentes.³³

Frequentemente, em relação ao direito fundamental afetado, há meios mais suaves e que fomentam o objetivo perseguido pelo legislador de forma igualmente efetiva. Entre os meios aptos a realizarem o mesmo objetivo perseguido, aquele que interfere em maior grau em um dos princípios é vedado pelo subprincípio da necessidade.³⁴

Mais uma vez, para tornar mais claro o entendimento acerca da aplicação da necessidade, será mostrado outro exemplo utilizado por Alexy em um caso de relação

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008. p. 99.

³³ ALEXY, Robert. **O Sistema Robert Alexy e as Leis de Colisão de Princípios**. Conferência. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=M6E2V0mV2zk&t=2712s>.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

consumerista, que diz respeito a uma colisão entre a liberdade profissional e a proteção do consumidor no Tribunal Constitucional Federal alemão. Trata-se de uma portaria do Ministério para a Juventude, Família e Saúde, que continha a proibição de comercialização de doces que, embora contivessem chocolate em pó, eram feitos sobretudo de flocos de arroz e não eram, portanto, produtos genuinamente de chocolate. O objetivo dessa portaria era proteger o consumidor contra compras equivocadas. Observou-se que tal proibição seria inteiramente adequada para proteger o consumidor. Se há uma proibição de que algo seja comercializado, o risco de que ele seja comprado por engano é bastante pequeno.

No entanto, a proibição de comercialização não seria necessária. Pois haveria outra medida, igualmente adequada e, ao mesmo tempo, menos invasiva: a imposição do dever de identificação no rótulo do produto, que poderia combater o perigo de confusões e equívocos de maneira igualmente eficaz, mas de forma menos invasiva.³⁵

Também aqui a ideia de otimização é identificável. Há duas medidas distintas capazes de satisfazer, de forma similar, o princípio da proteção ao consumidor, pelo dever de identificação e pela proibição de comercialização. Entretanto, para o segundo princípio, liberdade profissional, a medida que proíbe a comercialização intervém de forma muito mais intensa, diante das possibilidades fáticas.

Desse modo, se o princípio da liberdade profissional é satisfeito em um grau maior com a escolha de medida que identifica o produto, sem que com isso surjam custos para o princípio da proteção ao consumidor, a otimização dos princípios veda a utilização da medida que proíbe a comercialização do produto.

Como pode ser visto, a adequação busca a eliminação de meios, enquanto a necessidade visa afastar o meio mais gravoso e aplicar aquele que interfere de forma mais suave.

Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição. É claro que, ao contrário do que ocorre com o exame da adequação, aqui não ocorre uma simples

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

eliminação de meios. Mas ao legislador também não é prescrita categoricamente a adoção do meio que intervém em menor intensidade. O que se diz é apenas que, se o legislador quiser perseguir o objetivo escolhido, ele pode adotar apenas o meio mais suave, ou um meio igualmente suave ou um meio ainda mais suave. Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.³⁶

Tanto em relação à máxima da necessidade quanto da adequação, Alexy estabelece um paralelo com a Eficiência de Pareto.³⁷ Ela expressa a ideia de que, em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição.

2.2 Proporcionalidade em Sentido Estrito - Sopesamento

A proporcionalidade em sentido estrito, terceira etapa da proporcionalidade após análise da necessidade e da adequação, tem por objetivo impedir que as medidas adotadas pelo poder público, ainda que adequadas e necessárias, imponham restrição desproporcional.

Na sua teoria dos Direitos Fundamentais, o terceiro subprincípio é definido através do que o filósofo alemão chamou de Lei de Sopesamento, a qual foi assim definida: quanto maior for o grau de interferência em um princípio [Pi], maior deve ser a importância em se realizar um outro [Pj], e que tem a seguinte redação: *quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.*³⁸

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008. p.588.

³⁷ É chamado de Ótimo de Pareto (ou Eficiência de Pareto) o conceito definido pelo engenheiro e economista italiano Vilfredo Pareto, que indicou um estado de eficiência máxima dos sistemas. Segundo a teoria, o Ótimo de Pareto representa o ponto no qual para se favorecer um dos elementos do sistema, obrigatoriamente deve-se prejudicar outro. Independentemente do uso dado pelo Ótimo de Pareto, há uma questão específica e unânime em todas as áreas: ainda que o estado de eficiência máxima seja alcançado, isso não garante que um dos integrantes não concentre mais benefícios que os outros.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito envolve a comparação entre a intensidade da restrição de direitos imposta pela medida questionada e o grau de promoção dos direitos e interesses contrapostos³⁹, de modo que a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal deve ser compensada pela promoção do interesse conflitante.

Como mandamentos de otimização, princípios exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. A proporcionalidade em sentido estrito atua nas possibilidades jurídicas, que surgem a partir da colisão entre princípios.⁴⁰ A determinação do grau adequado de satisfação de um princípio em relação a outro, sem que haja exclusão de um deles, é obtido pelo balanceamento, forma adequada de aplicação de um princípio.⁴¹

O sopesamento pode ser dividido em três passos:

No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.⁴²

O exame da proporcionalidade em sentido estrito serve como referencial argumentativo para garantir que a medida restritiva de direito fundamental será inválida sempre que a importância da realização do princípio no qual ela se baseia não for suficiente para justificá-la.

Admitindo-se que cada um dos princípios em conflito possam, considerados no caso concreto, cada qual possuir um determinado peso ou relevância diferentes, este dado há de ser levado em consideração no cálculo para a aplicação da lei de sopesamento.

Uma argumentação racional sobre cada um dos pontos apontados como necessários objetos de uma discussão sobre a preponderância de um princípio sobre outro, numa

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

situação concreta, deve ser capaz de atribuir a cada um destes pontos valores. Inclusive e preferencialmente, valores distintos.⁴³

No exame da proporcionalidade em sentido estrito, quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio contraposto.

Nesse sentido, de acordo com Alexy

Tendo em vista que as afirmações formuladas sobre cada um desses aspectos devem consistir num discurso racional, a exigir a devida e adequada fundamentação, e tendo em vista, especificamente quanto às afirmações sobre o grau de interferência que a realização de um princípio impõe ao outro, que tais afirmações consistem em juízos empíricos, há de ser levado em consideração, na aplicação da Lei de Sopesamento, as evidências em suporte para cada uma das afirmações relevantes.⁴⁴

Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, tem-se que o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade da ponderação.

Em relação aos três subprincípios que compõe a proporcionalidade, de acordo com Alexy, importante ressaltar que:

A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, 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.⁴⁵

As afirmações formuladas sobre cada um desses aspectos devem consistir num discurso racional, exigir a devida e adequada fundamentação e, tendo em vista especificamente as afirmações sobre o grau de interferência que a realização de um

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008, p. 585.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008, p. 593.

princípio impõe ao outro, que tais afirmações consistem em juízos empíricos.

Em relação às chamadas grandezas, metáfora da linguagem típica da matemática e da física, há duas presentes na lei do sopesamento, a primeira é a intensidade da intervenção, que são sempre grandezas concretas; a segunda é a importância da satisfação do outro princípio que, diferente do que ocorre com a intensidade da intervenção, não necessariamente tem que ser compreendido sempre como uma grandeza concreta.

Além da importante distinção entre grandezas concretas e abstratas, é possível construir um conceito que seja a reunião de uma grandeza concreta e uma abstrata. Como exemplo, Alexy menciona a vida humana e a liberdade geral de se fazer ou deixar de fazer o que se queira. A vida tem em abstrato um peso maior que a liberdade. Portanto, a importância que a proteção à vida tem em uma certa situação pode ser determinada ao mesmo tempo com base no peso abstrato e na ameaça que ela sofre no caso concreto. Ressalte-se, entretanto, que a possibilidade de um conceito integrado de importância não é um argumento contra a distinção entre seus elementos.

No balanceamento os pesos abstratos têm um papel influente na decisão apenas se forem pesos diversos. Se forem iguais, o que é frequente nas colisões entre direitos fundamentais, tudo dependerá exclusivamente dos pesos concretos.

Os elementos do caso concreto essenciais para decisão são a medida questionada e os efeitos que sua adoção ou não-adoção têm nos princípios envolvidos. A não-adoção faz parte da análise porque se trata de decidir se a medida é permitida ou proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Consciente de que tais grandezas, embora possíveis de serem estabelecidas numa argumentação racional, mas sempre de modo aproximado, nunca com a exatidão que se espera de um discurso matemático, Alexy adota um modelo de classificação em três níveis, ou triádico, em que tais grandezas consistam nos valores identificados por meio dos termos leve, moderado e sério. Em linguagem formal, esses três níveis serão expressos com as seguintes convenções: l = leve, m = moderada, s = séria.

Desse modo, a escala triádica classifica graus, níveis de intensidade das grandezas. As letras “l”, “m” e “s”, na ponderação, não significa apenas leve, mas também reduzido ou fraco; e “s” substitui, além de “sério”, termos como elevado ou forte.

Nos termos da lei do sopesamento, aquilo que é avaliado como l, m ou s é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio e a importância da satisfação do outro. “Em vez de se falar em grau de não-satisfação ou de afetação, é possível também falar em intensidade da intervenção”.⁴⁶

Não é difícil encontrar casos nos quais sejam possíveis juízos racionais sobre intensidades de intervenções e graus de importância e, nesse sentido, nos quais se possa alcançar um resultado racional por meio de um sopesamento.

Por exemplo, o dever imposto aos fabricantes de produtos derivados de tabaco de imprimir em seus produtos informações sobre os riscos do fumo para a saúde é uma intervenção leve na liberdade profissional. Já uma proibição total contra produtos derivados do tabaco deveria ser classificada como séria.

Nos casos cuja intensidade da intervenção pode ser classificada como moderada, os que estão situados entre as intensidades leves e sérias, um exemplo seria a proibição de máquinas automáticas de venda de cigarros em conjunto com uma restrição à venda de produtos derivados de tabaco em determinados estabelecimentos.

No exame da proporcionalidade em sentido estrito, é sempre importante deixar evidente se se está tratando de uma grandeza abstrata ou de uma grandeza concreta. Em relação aos pesos abstratos, como já mencionado, por tratar-se de direitos constitucionais, há sempre a possibilidade de que tais pesos se revelem idênticos.

Para melhor compreensão da classificação das grandezas conforme a escala triádica, será apresentado um caso referido por Alexy e que diz respeito à clássica colisão entre liberdade de expressão e direito de personalidade. Um oficial da reserva tetraplégico que havia realizado com sucesso um exercício militar para o qual havia sido convocado, foi chamado pela popular revista satírica Titanic de ‘assassino nato’ e, em uma edição posterior, de ‘aleijado’.

Diante de uma ação ajuizada pelo oficial da reserva, o Tribunal Superior Estadual condenou a revista a uma indenização no valor de 12.000 marcos alemães.

A revista interpôs uma reclamação no Tribunal Constitucional Federal, que realiza

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, 2008, p. 598.

um sopesamento com base nos elementos do caso, entre a liberdade de manifestação do pensamento dos envolvidos, pelo lado da revista, e o direito de personalidade do oficial da reserva. Para tanto, as intensidades de afetação desses direitos foram determinadas e relacionadas. A condenação à indenização, considerada como de alto impacto, é classificada com uma intervenção séria na liberdade de expressão, ainda que tenha sido o resultado de uma condenação no âmbito civil, e não no âmbito penal. Isso é fundamentado, sobretudo, pelo fato de que a indenização poderia reduzir a futura disposição dos afetados em editar sua revista na forma como feito até então.

Quanto à afetação ao direito de personalidade do oficial, a alcunha ‘assassino nato’ é então analisada no contexto do artigo satírico em que estava inserida. Nele, verificou-se que várias pessoas têm alguma característica associada a adjetivos claramente não sérios, por meio de jogos de palavras, que às vezes beiravam a tolice. Esse contexto impede que se considere a alcunha uma violação intensa do direito de personalidade. Diante disso, a afetação ao direito de personalidade é avaliada, no máximo, como sendo de intensidade moderada ou até mesmo leve.

Para justificar a condenação a ser compensada mediante a indenização, seria necessário que a afetação do direito de personalidade fosse igualmente séria. Mas na avaliação do Tribunal Constitucional Federal não era esse o caso. Então, a intervenção na liberdade de expressão havia sido desproporcional, o que significa que a utilização da alcunha ‘assassino nato’ para designar o oficial da reserva não poderia ser sancionada por meio de uma indenização em dinheiro. Essas classificações encerram a primeira parte da decisão.

Diferente é o caso da alcunha ‘aleijado’, que fere o oficial tetraplégico ‘seriamente em seu direito de personalidade’. Portanto, de grande importância a proteção do oficial da reserva por meio de uma indenização em dinheiro. Isso é fundamentado por meio do fato de que chamar de ‘aleijado’ um portador de deficiência física grave é, hoje em dia, em geral ‘visto como uma humilhação’ e expressão de um ‘desrespeito’. Nessa situação, a intervenção na liberdade de expressão, classificada como séria, é contraposta a grande importância da proteção do direito de personalidade. Assim, a reclamação constitucional da revista Titanic foi considerada justificada somente na parte que se refere à condenação a uma indenização em dinheiro em virtude da denominação ‘assassino nato’. Na parte que

diz respeito à denominação ‘aleijado’ ela foi considerada sem fundamento.⁴⁷

Claro que é discutível se, de fato, a alcunha ‘assassino nato’ é uma intervenção apenas moderada ou leve, no contexto em que foi apresentada. Esse tipo de dúvidas será analisado quando do exame dos princípios formais. Aqui importa apenas o fato de que praticamente não há dúvidas de que tanto a imposição de uma indenização em dinheiro quanto a denominação ‘aleijado’ afetam de forma intensa os dois princípios em jogo.

As suposições que subjazem aos juízos sobre a intensidade de intervenção e o grau de importância não são arbitrárias. Para a sua fundamentação, devem ser apresentadas razões plausíveis. Nesse sentido, de acordo com Alexy:

Análises jurídicas devem ir tão profundamente em seu objeto quanto for possível e não se intimidar diante das estruturas mais complexas. Mas, depois que o trabalho analítico já foi realizado, o jurista tem que voltar à superfície e divulgar seus conhecimentos com as palavras mais simples e confiáveis. Por esse aspecto, o conceito de importância concreta do princípio colidente parece ser adequado para compreender o conteúdo do conceito de intensidade da intervenção por meio de não-intervenção e para associá-lo a intuições bem fundamentadas e usuais.⁴⁸

Os três níveis do modelo triádico constituem uma escala que procura sistematizar as classificações que são encontradas tanto na prática cotidiana quanto na argumentação jurídica.

Tais valores, convertidos em números, consistirão, portanto, nas grandezas a serem atribuídas às variáveis da referida fórmula do peso: representação formal do que foi tratado em abstrato por meio da racionalidade.

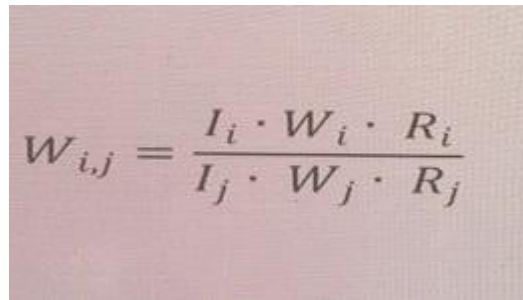
3 FÓRMULA DO PESO

Esta fórmula complementa as leis de colisão e do sopesamento.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008, p. 593.

Fórmula do Peso



$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Imagem 1- Fonte: Conferência Robert Alexy, apresentada pelo teórico no Tribunal Regional do Trabalho 8ª Região (2016).

Uma variável nada mais é que uma representação, por meio de símbolos, em regra letras, usada para identificar algo que ainda não possui um valor determinado. Esse valor é definido após concluídas operações, cálculos, que possibilitem identificar qual o valor da variável. Na matemática, após identificado o valor de uma variável, esta passa a ser chamada de “constante”. Uma constante, porque já possui um valor definido, é sempre representada por números, símbolos que expressam quantidade.⁴⁹

Quanto à identificação dos elementos da fórmula do peso:

- a) O 1º elemento, representado pela variável “I”, simboliza os pesos que cada princípio tem em abstrato;
- b) O 2º elemento, representado pela letra “W”, refere ao peso no caso concreto;
- c) O 3º elemento, simbolizado pela letra “R”, representa o grau de certeza das premissas empíricas.

Demonstrada a possibilidade de atribuições válidas a essas categorias, vejamos a aplicação prática da fórmula do peso tomando como exemplo o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, e no qual pode-se identificar a colisão de direitos fundamentais, entre outros, destacadamente o da segurança pública (considerando que os indivíduos condenados por crimes hediondos oferecem maior risco à incolumidade), e direitos do réu, no caso, o da individualização da pena.

⁴⁹ Explicação da autora

Considerando o caráter horizontal dos princípios fundamentais em abstrato, o resultado da fórmula demonstrará qual deve prevalecer, a partir dos valores atribuídos a cada variável, que, no caso concreto, podem denotar pesos distintos.

Primeiro identifica-se os princípios contrapostos, quais sejam, o princípio da segurança pública defendido pela norma (Pi) e o princípio conflitante, o da individualização da pena (Pj).

O princípio conflitante ‘j’ se posiciona no denominador da fórmula.

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Em relação aos números a serem atribuídos, referente aos pesos, relativamente simples e ao mesmo tempo instrutiva é a utilização dos valores 1, 2 e 4. A partir daí, o peso leve tem o valor 1, moderado 2 e sério o valor 4. Isso corresponde à intuição de que um princípio tem um peso concreto especialmente alto (4) quando a ele se pretende impor uma intervenção profunda.

Com relação ao resultado da fórmula “*Em todos os casos nos quais Pi tem precedência em relação a Pj; o valor de Pi, é maior que 1. Se ele ficar abaixo de 1, isso significa que é Pj que tem precedência.*”⁵⁰ Em outras palavras, se o resultado final da operação for >1 significa que o princípio conflitante irá se sobrepor, se <1 terá precedência o princípio defendido pela norma. Se ocorrer resultado = 1, porque foram atribuídos valores idênticos a ambos os princípios, o ideal é que a ponderação seja refeita conforme as possibilidades de atribuição de valores distintos.

Observando a escala triádica, passa-se às proposições classificatórias:

- a) No 1º elemento, considerando os pesos que cada direito tem em abstrato, representado pela variável “I”, por tratar-se de princípios constitucionais, atribui-se a ambos a grandeza severa: peso 4.
- b) No 2º elemento, observando o caso concreto, representado pela variável “W”,

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag”, Malheiros São Paulo/SP, Abril/2008.

admite-se que a interferência da norma no princípio da individualização da pena é séria, pois implica na vedação de progressão de regime de todos os condenados pelos diferentes crimes hediondos, indistintamente: peso 4; ao passo que a interferência na segurança pública pela concessão da progressão seja leve, pois o juiz poderá, na análise do caso concreto, negar a progressão a determinados detentos, garantindo assim o encarceramento dos considerados de maior periculosidade: peso 1.

c) No 3º elemento, por fim, verificados os graus de certeza das premissas empíricas, variável “R”, admita-se que as evidências são igualmente sérias: peso 4.

Identificados os pesos, substitui-se as variáveis pelas constantes determinadas:

$$W_{i,j} = \frac{I4 \cdot W1 \cdot R4}{I4 \cdot W4 \cdot R4} = \frac{16}{64} = 0,25$$

Dessa forma, sendo o resultado >1 , a conclusão é que o princípio da individualização da pena, correspondente à variável ‘j’, é o de maior peso concreto ou relativo, devendo ser realizado em detrimento do outro.⁵¹

No Supremo Tribunal Federal, o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 foi julgado inconstitucional.⁵²

A fórmula do peso, como representação formal, garante maior visibilidade aos argumentos tratados, auxilia na organização do raciocínio, reduz subjetividade e confere completude à teoria.

CONCLUSÃO

Diante da análise realizada, em especial no que se refere ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, chega-se à conclusão de que há necessidade de muito

⁵¹ Aplicação da fórmula do peso feita pela autora.

⁵² Súmula Vinculante 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

mais abertura, visibilidade, do correto conhecimento sobre seus elementos, conceitos e método de aplicação.

A importação de teorias e métodos, como no caso do sopesamento, que adquiriu grande aceitação na dogmática jurídica e jurisprudência comparada, sem a devida compreensão, pode gerar resultados improfícuos e mesmo danosos, no caso em análise e no próprio ordenamento em que foi inserido.

A base da teoria, que consiste da distinção das normas de direitos fundamentais entre princípios e regras, na definição da forma de solução dos conflitos entre regras como sendo a consunção e da colisão entre princípios como sendo o sopesamento, assim como a determinação de que após a ponderação o princípio considerado de maior peso adquire o status de regra, confere o que o teórico chama de um modelo puro de princípios, pois que tudo depende deles.

Princípios, em caso de colisão, não podem esvaziar completamente um ao outro. Contudo, no caso concreto, um terá que se sobrepor para dar solução ao litígio. O princípio preterido, visto que não pode ser excluído, será então mitigado. Tal mitigação deve ser justificada pelo grau de importância do outro princípio. Há, em regra, uma relação de horizontalidade entre princípios constitucionais, do que se infere que a análise do caso concreto é que dirá qual deverá prevalecer. Para essa análise faz-se necessário a utilização de um método racional. Com isso, Alexy apresenta o balanceamento.

O papel primordial do Estado de garantir o bem estar do povo, o que se alcança por meio da realização dos preceitos fundamentais, exige a busca e aperfeiçoamento constante de novos instrumentos que auxiliem na concretização desses direitos.

A proporcionalidade em sentido estrito como ferramenta do controle de constitucionalidade, sem perder de vista, além das proposições teóricas, a racionalidade e a métrica que compõe sua essência e estrutura, tem muito a contribuir para solução dos casos de colisão entre princípios. Razão porque necessita ser mais e melhor analisada, difundida e aplicada. Os Direitos Fundamentais, além de compreendidos, carecem ser efetivados

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Cómo proteger los derechos fundamentales**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0XywyYr3kcU&t=55s>. Acesso em: 28 mai. 2020.

ALEXY, Robert. **Constitutional rights, balancing and rationality**. Ratio Juris, 2003.

ALEXY, Robert. **Fundamental Rights**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ShHnrXK7SQs&t=1263s>. Acesso em: 20 mai. 2020.

ALEXY, Robert. **O Sistema Robert Alexy e as Leis de Colisão de Princípios**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=M6E2V0mV2zk&t=2712>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria da Proporcionalidade**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=QH9aQ9taj5Y>. Acesso em: 20 mai. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gonet. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LJub1ePN6a8>. Acesso em: 03 jan. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 26**. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. HC 82.959, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 23-2-2006, *DJ* de 1º-9-2006.

BRASIL. **Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 25 jul. 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8072-25-julho-1990-372192-norma-actualizada-pl.html> Acesso em: 22 mai 2020.

FERREIRA, Rodrigo. **Interpretação deôntica e difusa das normas jurídicas**. João Pessoa, 2014.

HOHFELD, Newcomb. **Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays**. New Haven: Yale University, 1923.

IMPLÍCIO, Carinna Gonçalves. **A fórmula do peso completa refinada de Robert Alexy aplicada aos conflitos pelo uso dos recursos hídricos em Minas Gerais**. Espaço Jurídico Journal of Law. Joaçaba, 2016.

MARITAIN, Jacques. **Le Docteur Angélique**. São Paulo: Atlântica, 1945.

MÜLLER, Friedrich. **Die Positivat der Grundrechte**, Berlin: Duncker & Humblot, 1969.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1969.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.