



A REGRA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY: PILAR HERMENÊUTICO NA PONDERAÇÃO DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

ROBERT ALEXY'S RULE OF PROPORTIONALITY: HERMENEUTICAL PILLAR IN WEIGHTING THE COLLISION OF PRINCIPLES AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Alexandre Luiz Alves de Oliveira ²
Welliton Pereira Silva ³

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a Regra da Proporcionalidade de Robert Alexy e a devida aplicação de suas três sub-regras, sendo aquela de fundamental importância para solução de colisão entre princípios e direitos fundamentais, diante da essência principiológica do ordenamento. A regra em questão permite uma hermenêutica justa e clara para solucionar tais embates, possibilitando compreender o caminho percorrido até o resultado. Contudo, o judiciário não raras vezes faz apenas menções da mesma como princípio em suas fundamentações, o que, por si só, não esclarece nada quanto à sua aplicação. Assim, faz-se necessária a devida compreensão da regra para capacitar ao hermeneuta analisar o raciocínio e fundamento aplicados nas decisões judiciais.

Palavras-chave: Regra da Proporcionalidade. Adequação. Necessidade. Proporcionalidade em sentido estrito. Ponderação.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate Robert Alexy's Rule of Proportionality and the proper application of its three sub-rules, which is of fundamental importance for resolving conflicts between principles and fundamental rights, given the principled essence of the order. The rule in question allows for a fair and clear hermeneutic to resolve such conflicts, making it possible to understand the path taken to the result. However, the judiciary often only mentions it as a principle in its reasoning, which, in itself, does not clarify anything regarding its application. Therefore, a proper understanding of the rule is necessary to enable the hermeneutist to analyze the reasoning and basis applied in judicial decisions.

Keywords: Rule of Proportionality. Adequacy. Need. Proportionality in the strict sense. Weighting.

¹ Texto baseado na monografia apresentada por Welliton Pereira Silva

² Bacharel em Direito pela PUC/Minas. Especialista em Temas Filosóficos pela UFMG. Mestre em Direito pela ESDHC. Doutor em Direito pela PUC/Minas. Advogado e professor.

³ Graduado em Direito pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras do Alto São Francisco – E-mail: psilva.welliton@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Antes de mais nada, precisamos entender a proposta do jurista alemão, Robert Alexy, fazendo-se necessário breve explanação acerca do que são normas, podendo defini-las, em primeiro momento, como o conjunto impositivo que se traduz no ordenamento jurídico de uma nação, regulando as ações da população e do próprio Estado.

Assim, as normas devem ser obedecidas para o perfeito funcionamento da sociedade. Essas são distribuídas em regras ou princípios, sendo que, esses nada mais são do que direitos fundamentais positivados, ou não, no ordenamento jurídico. Conforme define Robert Alexy e vários doutrinadores sustentam, as normas surgiram desde que o homem passou a viver em sociedade, se traduzindo nas mais variadas formas para possibilitar tal convívio.

Mesmo após o surgimento do direito, principalmente após a previsão de direitos e garantias fundamentais na Constituição, passou-se a haver cada vez mais conflitos nas relações interpessoais. Para solucionar tais litígios, caberá ao judiciário ponderar os direitos em colisão, na maioria das vezes, por meio da Regra da Proporcionalidade, porém, erroneamente se referindo a ela como princípio. Referida regra é um pilar hermenêutico para compreensão e solução de tais embates entre os princípios, contudo, nem sempre é aplicada da forma ensinada por Alexy.

Diante tamanha confusão quanto à Regra da Proporcionalidade, é necessário se questionar como deve ser realizada a hermenêutica jurídica na solução da colisão entre princípios, de modo a ficar claro o raciocínio e fundamento aplicado.

O presente trabalho foi realizado por meio da vertente jurídico-dogmática e jurídico-teórica, analisando a Regra da Proporcionalidade em sua essência e passo a passo, passando pelas fórmulas e leis apresentadas por Alexy. Será realizada revisão bibliográfica acerca do tema e suas nuances para conceituar e explicar a teoria apresentada pelo autor da regra. Para fins de clareza, o

trabalho será dividido nas seguintes seções: as normas e sua distribuição em regras e princípios; confusão entre princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade; e, por fim, a aplicação das três sub-regras da proporcionalidade de Robert Alexy e a hermenêutica de suas fórmulas.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 As normas e sua distribuição em regras e princípios

Antes de qualquer coisa, deve-se entender que norma difere de enunciado normativo, vez que esse se refere à previsão de algo que deve ser, constando no ordenamento, enquanto a norma diz respeito ao que se deve obedecer e que está expresso no enunciado. Há várias formas de expressar um enunciado normativo, mas que diz respeito à mesma norma, como, por exemplo, legislações infraconstitucionais que trazem em seu texto, previsões já positivadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Ressalta-se, ainda, que a norma, em sentido amplo, pode ter aplicação em vários ramos da ciência e não necessariamente deverá estar expressa, podendo ser interpretada como um semáforo, ou sinalização de trânsito, ou a sinalização de emergência em um prédio, conforme explana Alexy (2015a, 51 e 54).

Importante ressaltar que, no presente trabalho adotar-se-á os ensinamentos de Alexy para as devidas definições quanto à teoria dos direitos fundamentais, à norma, à regra e à princípio, além dos meios de solução de colisão entre princípios. Assim, consideraremos norma como gênero, do qual são espécies as regras e os princípios, todos com o mesmo objetivo de direcionar, orientar, proibir, penalizar e, até mesmo, regular a atuação de todos.

Apesar de termos Alexy como marco teórico para o presente capítulo, cabe ressaltar a ideia de Dworkin (*apud* CARDOSO, 2016), que faz a distinção das espécies de norma em análise da seguinte forma. Se os direitos analisados só poderão ser exercidos de forma do “tudo ou nada”, em que apenas um prevalecerá, estará a se falar em regras. Por outro lado, caso os direitos em

questão irão variar em sua aplicação, prevalecendo na maior medida possível, consoante as possibilidades de fato e de direito, falar-se-á em princípios.

Encontra-se na doutrina algumas divergências quanto à divisão entre regras e princípios, sendo que, em alguns casos recorrem às expressões *normas* e *princípios* como sinônimos, contudo, conforme já pontuado, levar-se-á em conta a divisão proposta por Alexy. O qual considera que regras e princípios são espécies de normas, vez que ambos exprimem uma ideia de *dever-ser*⁴, contendo expressões deônticas do tipo: *dever*, *permitir* ou *proibir*. Como dito, a temática é vasta e, por isso, ater-se-á a tal conceito para compreensão do trabalho.

Deste modo, para Alexy (2015b, p. 87), um critério bastante usado para distinção entre regras e princípios, é o da generalidade, ou seja, considera que princípios têm uma generalidade maior, podendo ser usados para uma gama mais ampla de casos simultaneamente, inclusive dois ou mais princípios, assim, sua universalidade é cristalina. Além de que, seu emprego é de grande valia, principalmente em possíveis lacunas legislativas e jurídicas, visto a complexidade das relações humanas e a imprevisibilidade de todos os fatos pelo Poder Legislativo.

Em contrapartida, as regras têm generalidade menor, sendo mais específicas e, conseqüentemente, usadas em situações mais taxativas aos seus enunciados e determinações. Embora existam outros critérios na doutrina, não serão analisados, devendo se ater ao apontado por Alexy, qual seja, da generalidade.

Nesta feita, derivando-se dos critérios para distinção de regras e princípios, surgiram três teses diversas, porém, mais uma vez, trataremos apenas da tese qualitativa, a qual é posta por Alexy (2015b, p. 90) como a correta. Assim, as regras, em primeiro lugar, disciplinarão uma situação fática que se amolde exatamente a ela, ou seja, se revestem de maior clareza ao que é proibido, permitido ou obrigatório, sendo que, se ocorrer a situação prevista

⁴ “Se resumirmos as diferentes modalidades deônticas ao conceito de *dever-ser*, é possível dizer que enunciados afirmativos expressam algo que é, enquanto enunciados normativos expressam algo que *deve-ser*.” (ALEXY, 2015b, p. 58)

por tal regra, essa terá incidência e será aplicada ao caso, contudo, caso não ocorra, ela será descartada.

Considerando o exposto, no caso em que duas regras jurídicas entrarem em conflito, uma será invalidada pela outra, aplicando-se a subsunção à regra adequada na situação fática. Além disso, em alguns casos poderão ser seguidos os devidos meios hermenêuticos para tal, ou seja, lei especial sobressai a lei geral, uma lei promulgada posteriormente sobrepujará a lei anterior, casos em que a regra foi revogada, explícita ou tacitamente, essa deixará de valer. Destarte, caso regras conflitem, uma será descartada e será aplicada apenas uma em sua totalidade, aplicando-se a técnica da subsunção ao caso. Corroborando com o exposto, Alexy (2015b, p. 92) traz:

Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras dever ser declarada inválida.

Contudo, em colisão de princípios, pela sua essência de norma de direitos fundamentais e, simultaneamente, garantidores, nenhum poderá ser excluído em hipótese alguma, devendo aplicar-se a ponderação à situação fática, determinando qual princípio incidirá e prevalecerá naquele caso específico. Ainda, acerca dos princípios, Alexy (2015b, p. 90), considera-os como “mandamentos de otimização”, devendo ser aplicados na maior medida possível ao caso concreto, nos seguintes termos:

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. (grifo do autor)

Posto isto, Alexy (2015b, p.94) ensina que, enquanto as regras terão seus conflitos ocorrendo na dimensão da validade, ou seja, ou a regra é válida ou não é; os princípios, por sua vez, são todos válidos, colidindo na dimensão

do peso, na qual os princípios terão pesos diferentes e aquele com maior peso terá precedência perante o outro.

Nesta feita, mediante todas as garantias constitucionais da Carta Magna e de todo o direito, constantemente os princípios acabam colidindo, cabendo, muitas das vezes, ao Judiciário resolver a questão, e seguindo princípios orientadores de atuação do Poder Judiciário, como a garantia da prestação jurisdicional e o dever de fundamentação, é obrigado a entregar o direito ao caso.

A CRFB/1988 positiva vários direitos fundamentais, os quais irradiam seu enunciado à legislação infraconstitucional, reafirmando suas garantias, tais como o direito à vida, à liberdade, os princípios da inafastabilidade de jurisdição, entre tantos outros de suma importância para o pleno funcionamento e aplicação do ordenamento jurídico.

Diante todo já exposto, é cristalino que em casos de colisão entre princípios, a solução será mais complexa que diante conflito de regras, vez que, princípios são “mandamentos de otimização”⁵, em que nenhum será invalidado, apenas será analisado qual deverá ser aplicado à situação fática, devido ao caráter *prima facie* dos mesmos, segundo ensina Silva (2002, p.25). No mesmo sentido, a própria CRFB/1988, expressa em seu texto que nenhum direito fundamental ou princípio será excluído, conforme o Art. 5º, §2º⁶. Assim, passaremos a tratar da regra da proporcionalidade de Alexy e suas nuances.

2.2 Confusão entre princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade

Antes de mais nada, é de suma importância a compreensão da Regra da Proporcionalidade, pelo fato de ser constantemente reduzida a um mero

⁵ Uma das teses centrais da "Teoria dos Direitos Fundamentais" é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais - as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2015c, p. 588) (grifo do autor)

⁶ Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

argumento, como princípio da proporcionalidade ou princípio da razoabilidade, sem a devida aplicação conforme manda suas submáximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta feita, não só as Cortes Constitucionais, mas todo o Poder Judiciário, devem aplicar a Regra da Proporcionalidade da forma devida, pois, faz-se necessário para uma fundamentação clara, mediante a previsão legal, conforme já mencionado em capítulo anterior. Nesse sentido, Cardoso (2018, p. 152) destaca a necessidade do uso correto dos princípios, sobretudo do princípio da proporcionalidade, conforme:

Uma interpretação racional a respeito da colisão entre direitos fundamentais deve possuir termos claros e consistentes, além de premissas completas, observando as regras da lógica, da argumentação e da coerência. Desta forma, ainda que não acreditemos que seja possível assegurar que a utilização da técnica da ponderação conduzirá sempre a uma mesma resposta, é certo que a demonstração da aplicação completa do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios servem para justificar a posição tomada pelo intérprete, o que já torna a sua aplicação recomendável. Com efeito, é salutar que tal expediente seja sempre adotado pelo Poder Judiciário, como forma de possibilitar o controle social das suas decisões, legitimando-as.

Destarte, um sistema judiciário tão principiológico e abrangente como o nosso, permitiu a atuação ampla do Poder Judiciário em todos os ramos da política e da sociedade, decidindo e interferindo nos mais variados casos concretos, sendo, isso, uma herança e consequência da Judicialização da Política, a qual, em sua decorrência, culminou no fenômeno do Ativismo Judicial. Esse, por sua vez, é demasiadamente prejudicial a um Estado Democrático de Direito. Assim, o Ativismo Judicial também pode surgir com o uso incorreto da máxima que integra a Regra da Proporcionalidade. O atual Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Barroso (2016, *apud* DIAS e GOMES, 2017, p. 25), critica o referido instituto e a aplicação incorreta da máxima da proporcionalidade:

Entretanto, o uso indistinto dessa máxima (*proporcionalidade*), sem a utilização correta os critérios acima mencionados, podem gerar decisões solepcistas ocorrendo à substituição dos juízos morais e

políticos pelo do próprio magistrado, corrigindo, modificando ou complementando o sentido das leis para alcançar o resultado pretendido pelo julgador. Característica, esta, notória do fenômeno conhecido como ativismo judicial, que compromete a legitimidade democrática, já que membros do Poder Judiciário exercem certo poder político, sem terem sido eleitos para tanto. (grifo nosso)

Continuando, outro ponto criticado acerca do uso da máxima pelo STF, é comparar proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos. Sobre o tema, Virgílio Afonso da Silva elaborou o trabalho *O proporcional e o razoável*, tratando exatamente da terminologia e do uso técnico das expressões.

Assim, para Silva (2002, p. 28), no discurso jurídico, ao tratar do princípio da razoabilidade ou do princípio (ou regra) da proporcionalidade, não pode haver confusão, pois, segundo o autor, “é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas.”

Em decorrência desta confusão terminológica, conforme já mencionado, o STF, não raras vezes, fundamenta seus julgados se referindo aos “princípios da proporcionalidade e da razoabilidade de Robert Alexy”, porém tal expressão é de certo modo errônea. Pois, como pode o meio utilizado para solucionar a colisão de princípios, ser ele mesmo um princípio. Posto isso, Silva (2002, p. 28), critica a postura de Barroso quanto a tratar os termos como sinônimos, parafraseando a seguinte afirmativa do Ministro, “é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da *razoabilidade*, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira.” (grifo do autor)

Logo, no que lhe concerne, a razoabilidade que muitos apontam como de origem dos norte-americanos, na verdade, é tida como regra da irrazoabilidade e é oriunda da jurisprudência da Corte Constitucional Inglesa. Há de se considerar que, a regra da irrazoabilidade, para ser mais preciso, teve origem em decisão proferida em 1948, conhecida como teste *Wednesbury*, configurando-se em apenas descartar decisões consideradas irrazoáveis, as quais nenhuma autoridade razoável as tomaria, conforme destaca Cardoso (2016). Ainda sobre o tema, Cardoso (2016) pontua que “um ato pode ser

razoável e desproporcional, já que para ele ser razoável basta que não seja absurdo”.

Por outro lado, a regra da proporcionalidade tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, vez que, baseando-se na aplicação do sopesamento por referido tribunal, Alexy (2015b, p. 94-99), nos apresentou a “lei de colisão”, aplicando uma relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão. Para isso, consideraremos o primeiro princípio colidente de P_1 e o segundo de P_2 . Ainda, considerar-se-á \mathbf{P} como a relação de precedência entre eles e, por sua vez, C será as condições que um princípio terá precedência sobre o outro.

Em seguida, Alexy (2015b, p. 96-97) apresenta quatro resultados possíveis para a colisão entre os princípios. Sendo duas possibilidades chamadas de relações incondicionadas de precedência⁷, as quais ocorreriam se algum dos princípios gozasse de precedência absoluta sobre o outro, o que é desconsiderado pelo tribunal alemão, quais sejam:

(1) $P_1 \mathbf{P} P_2$, ou seja, P_1 tem precedência em qualquer situação sobre P_2 .

(2) $P_2 \mathbf{P} P_1$, ou seja, P_2 tem precedência em qualquer situação sobre P_1 .

Entretanto, os outros dois resultados dependerão diretamente das condições da situação fática, chamados de relação de precedência condicionada⁸, resultando nos seguintes enunciados:

(3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$.

(4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$.

Nesta feita, os resultados (3) e (4) dependerão diretamente das condições C , podendo variar caso a caso quem terá precedência sobre quem, P_1 ou P_2 , ou seja, qual princípio terá um peso maior sobre o outro. Assim, P_1 terá um valor maior sobre P_2 , caso as condições C presentes no caso concreto levem a isso. O tribunal faz o sopesamento apresentando a seguinte regra: “se uma ação preenche as condições C , então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”.

⁷ Também chamadas precedências abstratas ou absolutas.

⁸ Também chamadas precedências concretas ou relativas.

Em continuidade à análise da lei de colisão, Alexy (2015b, p. 99) estabelece que:

Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 \succ P_2) \wedge C$, e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

Pode-se deduzir a regra expressa da seguinte forma, as condições C em que o princípio P_1 terá precedência, ou seja, valor superior a P_2 , serão o suporte fático, também considerado C e, daí, têm-se a regra demonstrando a consequência jurídica de P_1 , conforme o exemplo. Por fim, quanto à “lei da colisão”, Alexy (2015b, p. 99), a considera fundamental para a teoria dos princípios defendida por ele, reforçando e demonstrando a natureza de mandamentos de otimização dos princípios.

Nesse contexto e, de certa forma, uma evolução da lei da colisão e do mandamento do sopesamento, deve-se destacar que o jurista alemão, Robert Alexy, apresentou a Regra da Proporcionalidade em sua famosa obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, em 1985, sendo, desde então, considerada o método hermenêutico de resolução de colisão entre princípios mais adotado por várias Cortes Constitucionais em todo o mundo, inclusive a brasileira. Destarte, Alexy (2015b, p. 116), sustenta a conexão entre a teoria dos princípios e a aplicação da proporcionalidade, vez que:

Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

2.3 A aplicação das três sub-regras da proporcionalidade de Robert Alexy e a hermenêutica de suas fórmulas

Passaremos agora a análise da Regra da Proporcionalidade e de suas máximas parciais, pelo que ensina Alexy. Antes de mais nada, é imperativo esclarecer que as sub-regras, ou submáximas, devem ser aplicadas sequencialmente e de forma subsidiária, ou seja, primeiro aplica-se a adequação, que, caso seja satisfeita, passar-se-á para a aplicação da necessidade, e, apenas se atendida, finalizará com a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Essa aplicação das máximas parciais leva à otimização dos princípios colidentes, se traduzindo no que manda a lei do sopesamento, nas palavras de Alexy (2015c, p. 593): “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.”

Cabe ressaltar que, existem outras duas tendências diversas das sub-regras adotadas conforme ensina Alexy. A primeira, daqueles que criticam o sopesamento para aplicação do direito, a qual analisa apenas a adequação e a necessidade. E a segunda, que acrescenta uma sub-regra anterior às demais, utilizada principalmente perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, tratando-se da anterior análise quanto à legitimidade dos fins que são fomentados pelas medidas. Todavia, para o presente trabalho, dever-se-á se ater às três sub-regras impostas por Alexy.

Continuando, para a compreensão da sub-regra da adequação, têm-se a análise se uma medida contribui de alguma forma para atingir o resultado pretendido, caso não contribua em nada, será tida como inadequada e, conseqüentemente, descartada. A submáxima da adequação traduz um critério negativo na verdade, excluindo algumas medidas que não sejam adequadas ao caso. Resumindo, se a medida fomenta o resultado pretendido, mesmo que minimamente, será considerada adequada.

Outro aspecto a ser abordado é a submáxima da necessidade. Nela, analisará os meios considerados adequados para atingir o objetivo, com o fito de admitir aquele que intervenha ou restrinja algum dos princípios em colisão da maneira menos gravosa. Com isso, querendo dizer, se uma medida restringe substancialmente um princípio, já a outra medida o restringe

minimamente, essa será aceita como necessária e aquela não. Passando, assim, à análise da proporcionalidade em sentido estrito da medida aceita como necessária.

Em última etapa, será aplicada a proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de mandamento da ponderação, que, trata-se da aplicação da lei do sopesamento, comparando os valores dos princípios em colisão no caso concreto. Nas palavras de Silva (2002, p. 40) “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

É necessário frisar que, a lei do sopesamento deve ser dividida em três fases. Primeiro, avalia-se o grau de restrição ou de não-satisfação de um dos princípios. Em seguida, será avaliado quão importante é o direito concorrente, para justificar a intervenção no primeiro princípio. E, finalmente, far-se-á a ponderação entre as duas primeiras fases, comparando se a satisfação do direito concorrente é tão importante que justifique restringir o direito atingido. Só assim, chegará à verdadeira proporcionalidade de Robert Alexy, sendo um instituto importantíssimo em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil.

Em continuidade, aplicando a constelação decorrente da lei da colisão às sub-regras da proporcionalidade, teremos o que manda Alexy (2015b, p. 116), conforme se segue. Primeiro, para aplicação da adequação, considerar-se-á os direitos fundamentais colidentes P_1 e P_2 , o objetivo que se almeja alcançar ou fomentar Z , sendo esse requerido por P_1 ou idêntico a ele, e as medidas possíveis como M_1 e M_2 . Assim, se para P_1 , M_1 é indiferente para sua realização, então M_1 é indiferente. Mas, se nas mesmas condições C , M_1 for desfavorável para realização do princípio P_2 , então a medida M_1 é vedada por P_2 , sendo inadequada. Ou seja, se a medida impede a realização de um dos princípios, será considerada inadequada ao caso concreto.

Entretanto, se hipoteticamente ambas as medidas M_1 e M_2 forem consideradas adequadas, passar-se-ia para a análise da necessidade.

Seguiremos com a mesma constelação e os mesmos símbolos para aplicação da regra. Nas mesmas condições fáticas, M_2 é menos desfavorável a P_2 do que M_1 , mas ambas as medidas não interferem com P_1 , então, permitirá adotar a medida M_2 para atingir o objetivo Z , otimizando as possibilidades fáticas, proibindo M_1 . A aplicação do raciocínio exemplificado valerá para quaisquer princípios ou objetivos que se busque alcançar.

Continuando a aplicação da sub-regra da necessidade, acima foi demonstrada a relação fática da colisão dos princípios, concluindo que devemos privilegiar M_2 diante M_1 , por permitir realizar P_2 de forma otimizada. Porém, não adotar nenhuma das medidas permitiria realizar P_2 com maior intensidade, mas a aplicação de uma das medidas se trata da possibilidade jurídica diante a colisão, ou seja, levará a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, mediante o sopesamento de P_1 e P_2 . Assim, se qualquer das medidas forem aceitas no exame da necessidade, deverá proceder à última sub-regra.

Por fim, a aplicação da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, ou lei do sopesamento, deverá ser realizada em três passos: i) constatar o grau de não-satisfação ou afetação do segundo princípio P_2 ; ii) avaliar quão importante é satisfazer o primeiro princípio em colisão, P_1 ; e por último, iii) sopesar se satisfazer P_1 é tão importante a ponto de não-satisfazer P_2 . Para referida análise, criou-se uma escala para valorar a intensidade da intervenção e a importância dos princípios colidentes, pelo escalonamento triádico, qual seja leve (reduzido ou fraco) “ l ”, moderado “ m ” e sério (elevado ou forte) “ s ”.

Continuando com a aplicação da lei do sopesamento para efetivar a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, considerar-se-á os seguintes símbolos, P_i para o princípio que está sofrendo a intervenção, I para a intensidade da intervenção, somados serão IP_i . E mais, usaremos C para representar as circunstâncias relevantes no caso em questão, resultando no símbolo IP_iC .

Por outro lado, teremos as grandezas opostas, com W simbolizando a importância de satisfazer o outro princípio, que aqui será P_j , e simbolizando a importância concreta do princípio no caso, teremos WP_jC . Em seguida, aplicam-se os passos da lei do sopesamento, avaliando os valores dos símbolos contrapostos e, em seguida, relacionando ambas avaliações para ter o valor concreto. Serão nove resultados, via de regra, possíveis, sendo as três primeiras constelações com precedência de P_i , conforme a lei da colisão temos a precedência $(P_i \mathbf{P} P_j) C$, conforme segue:

$$(1) IP_iC:s / WP_jC:l.$$

$$(2) IP_iC:s / WP_jC:m.$$

$$(3) IP_iC:m / WP_jC:l.$$

Agora, têm-se as três constelações com relação de precedência de P_j na lei de colisão:

$$(4) IP_iC:l / WP_jC:s.$$

$$(5) IP_iC:m / WP_jC:s.$$

$$(6) IP_iC:l / WP_jC:m.$$

Por último, temos três constelações com impasses no sopesamento, levando a uma discricionariedade estrutural:

$$(7) IP_iC:l / WP_jC:l.$$

$$(8) IP_iC:m / WP_jC:m.$$

$$(9) IP_iC:s / WP_jC:s.$$

Em seguida, Alexy (2015c, p. 603), explica que dar um valor numérico à escala de valores é quase impossível, mesmo classificar entre leve, moderado e sério já é bastante complicado em alguns casos. Contudo, o autor nos apresenta uma fórmula para demonstrar o peso de um princípio mediante as circunstâncias do caso determinado, complementando a lei da colisão e a lei do sopesamento, chamando-a “fórmula do peso”, simbolizando o peso concreto do princípio com G :

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

A fórmula apresentada representa o peso concreto do princípio P_i , sob as circunstâncias do caso em análise, sendo nada mais nada menos que o

quociente entre a intensidade de intervenção em P_i , com a importância do princípio em colisão P_j . Dessa forma, para sopesar os valores, faz-se necessário desenvolver um quociente numérico para demonstrar o valor da estrutura. Para isso, Alexy atribui ao escalonamento triádico os valores 2^0 , 2^1 e 2^2 , resultando em 1, 2 e 4, respectivamente atribuídos a l , m e s . Com isso, o peso concreto de P_i será o resultado da fórmula $GP_{i,j}C$. Para ilustrar a fórmula, atribuiremos valor s para P_i e m para P_j , conforme segue:

$$IP_iC:s / WP_jC:m \rightarrow 4 / 2.$$

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC} \rightarrow GP_{i,j}C = \frac{4}{2} \rightarrow GP_{i,j}C = 2$$

Conclui-se que, sempre que o resultado for maior que 1, P_i terá precedência sobre P_j e, se menor que 1, a precedência será o contrário. Posto isto, as leis, as regras e as fórmulas estabelecidas por Alexy deixam claro que a aplicação da regra da proporcionalidade a uma colisão de princípios é muito mais complexa do que uma simples ponderação subjetiva, o que ocorre na grande maioria dos julgados do Poder Judiciário pátrio.

Com isso, fica evidente que a proporcionalidade não pode ser de maneira alguma reduzida a um simples princípio, pois sempre deverá ser aplicada na sua totalidade, sem variações, ou apenas como menção honrosa na fundamentação, em uma clara confusão semântica ao referir-se a ela como simples princípio. Corroborando com a afirmação, acerca do mandamento da proporcionalidade, Silva (2002, p. 25) esclarece que o próprio Alexy “classifica-o *explicitamente* como *regra*”. (grifo do autor)

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho consistiu em analisar a Regra da Proporcionalidade de Robert Alexy e suas sub-regras, explanando quanto suas fórmulas e leis necessárias para devida aplicação e interpretação dos resultados obtidos.

Primeiro, verificou-se a distinção entre o gênero “norma”, consoante às espécies regras e princípios, sendo aquelas aplicadas na integralidade por meio da subsunção, enquanto esses são mandamentos de otimização, aplicados na maior medida possível caso a caso. Constatou-se que a colisão

entre princípios será pacificada por intermédio da Regra da Proporcionalidade de Robert Alexy, aplicando-se suas três sub-regras, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Em seguida, após a distinção entre as espécies de normas, esclareceu-se a confusão semântica entre razoabilidade e proporcionalidade, deixando claro que Robert Alexy batizou sua técnica de Regra da Proporcionalidade, apresentando, ainda, a fórmula elaborada por ele da lei do sopesamento.

Diante todo exposto, conclui-se que a devida aplicação da Regra da Proporcionalidade, nos moldes estabelecidos por Robert Alexy, é de grande valia no atual Estado Democrático de Direito presente no país, vez que, o espírito principiológico e todos os direitos fundamentais do ordenamento, por ele garantidos, sempre estarão em rota de colisão. Por isso, a Regra da Proporcionalidade traz maior segurança e justiça à resolução dos casos concretos, permitindo a interpretação hermenêutica dos passos e fundamentos adotados em cada decisão, garantindo clareza e possibilitando a confirmação e fiscalização da aplicação da justiça no sistema judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Capítulo 2 - O Conceito de Normas de Direitos Fundamentais. I-Conceito de Norma. In: _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. 4 tir. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, jan. 2015a. p. 50-57. (Coleção teoria e direito público)

ALEXY, Robert. Capítulo 3 - A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais. In: _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. 4 tir. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, jan. 2015b. p. 58-120. (Coleção teoria e direito público)

ALEXY, Robert. Posfácio (2002). III – Discricionariedade Estrutural e Sopesamento. In: _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. 4 tir. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, jan. 2015c. p. 584-611. (Coleção teoria e direito público)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Último acesso em: 15 out. 2023.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. Natal, v. 9, n. 1, p. 137-155, out. 2016.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.idp.edu.br/wp-content/uploads/2018/04/REPENSANDO_A_PESQUISA_JURIDICA.pdf>. Último acesso em: 04 dez. 2023.

DIAS, Amanda Santos; GOMES, Renata Silva. A Teoria da Ponderação de Princípios e o Ativismo Judicial: uma análise do possível desvirtuamento do princípio da proporcionalidade pelo STF. 2017. **Revista Científica Univiçosa**. Viçosa, v.9, n. 1, p. 24-29, jan./dez. 2017.

REZENDE, Douglas Messias Lamounier; OLIVEIRA, Eliezer Carneiro de; ELIAS, Ivan de Oliveira. **Normas para Redação de Trabalhos Científicos**. 3. ed. Luz: FASF, 2022. 114 f.; II.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.