

FELIPE OLIVEIRA DE SOUSA

**A PROPORCIONALIDADE: ÂMBITO TERMINOLÓGICO E
ESTRUTURA LÓGICO-NORMATIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFCE), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Paulo Antônio de Menezes Albuquerque.

Fortaleza
2008

*A tudo que me inspira pela vida e que me faz
crer nas paixões.*

*Aos meus pais, pelo amor, pela dedicação, e
pelo exemplo constante.*

*A todos os amigos de verdade, com os quais
posso experienciar a virtude imprescindível da
boa convivência.*

*À música, pela sensibilidade e pelo poder de
criação que ela em mim desperta.*

AGRADECIMENTOS

Antes dos agradecimentos pessoais, cumpre realizar alguns agradecimentos institucionais. Sou grato à Universidade Federal do Ceará (UFC), pois, além de ter sido a minha casa intelectual, financiou-me duas bolsas de pesquisa em programas de iniciação científica (PIBIC); e sou grato ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por ter-me também agraciado com uma bolsa PIBIC. Esta monografia é, certamente, um resultado das minhas pesquisas realizadas como bolsista dessas instituições.

Agradecer é quase sempre uma quase dívida. E, como quase dívida, nem sempre tem (ou é possível) de se traduzir numa obrigação de prestar qualquer valor quantificável. Tão incomensurável quanto esse valor é também a infinidade de pessoas que poderiam ser citadas, direta ou indiretamente, nessa sede. Algumas delas, no entanto, revelam-se indispensáveis, razão pela qual merecem especial menção. Em primeiro lugar, devo eterna gratidão aos meus pais, pelo carinho e pelo apoio dispensado de forma incondicional em praticamente todos os passos da minha vida até hoje. Em segundo lugar, agradeço a todos os amigos de verdade com quem posso compartilhar a sinceridade, as conversas do dia-a-dia, a criatividade, enfim, as virtudes propiciadas pela arte da convivência. Em terceiro lugar, agradeço imensamente ao meu orientador neste estudo, o professor Dr. Paulo Albuquerque, por ter-me permitido um acesso privilegiado ao seu conhecimento tão valioso e por ter-me tecido críticas que me ajudaram a alterar o texto em pontos relevantes. Em quarto lugar, devo um agradecimento aos amigos Renato Leite e Danilo Ferraz, pelas críticas e por aceitarem o convite (em tempo exíguo!) de participar da banca avaliadora. Em quinto lugar, mas longe de em último lugar, tenho uma profunda gratidão pelo grande amigo e professor Dr. Marcelo Guerra, por ter-me presenteado com tantos momentos enriquecedores de vida e de conhecimento, e por sua orientação sempre tão sutil e significativa durante três anos de iniciação científica (muito desse trabalho, como ficará claro no texto, devo às lições do mestre). Por fim, devo uma especial menção ao professor Dr. Robert Alexy, por ter-me acolhido junto com o prof. Marcelo Guerra numa visita a Kiel (na *Christian-Albrechts Universität zu Kiel*), Alemanha, em Abril do ano passado (Abril/2007). Essa visita, apesar de breve, contribuiu decisivamente para reforçar muitas das minhas convicções pessoais com relação à importância, à imprescindibilidade, e à seriedade da busca por um conhecimento filosófico acerca do Direito.

*“...both a new world
and the old made explicit...”*

*We shall not cease from exploration
And the end of all our exploring
Will be to arrive where we started
And know the place for the first time”*

T. S. Elliot, “Four Quarters”

RESUMO

A presente monografia tem o objetivo de desenvolver a tese da proporcionalidade enquanto um método racional para solucionar colisões entre direitos fundamentais. Para tanto, alguns passos são percorridos. Em primeiro lugar, é realizada uma análise crítica da distinção entre princípios e regras, em especial da corrente que advoga uma diferença de caráter lógico. Em segundo lugar, a partir da análise de uma noção básica dos sub-elementos do dever de proporcionalidade, faz-se a opção terminológica pela expressão “regra de proporcionalidade” em detrimento de “princípio da proporcionalidade”. Em terceiro lugar, tomando como pressuposto teórico a distinção de Robert Alexy entre princípios enquanto mandamentos de otimização e regras enquanto mandamentos definitivos, é desenvolvido um modelo avançado do sopesamento de princípios, em que se mostra que o sopesamento, enquanto forma de argumentação jurídica, pode assumir uma estrutura racionalmente controlada. Essa estrutura é o que pode ser chamado de “Fórmula do Peso” (*Gewichtsformel*). Por fim, demonstra-se que essa estrutura, apesar de baseada em padrões racionais, não assegura uma racionalidade total, mas apenas uma racionalidade possível para as decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Princípios; Regras; Mandamentos de Otimização; Proporcionalidade; Fórmula do Peso.

ABSTRACT

The present study aims at developing the thesis of proportionality as a rational method to solve constitutional rights collisions. For that, some steps are taken. At first place, it is developed a critical analysis of the distinction between rules and principles, especially of that tradition which advocates a difference of logical structure. Secondly, through an analysis of a basic notion of the sub-elements of the “proportionality-ought”, it is made a terminological choice in favor of the expression “proportionality rule”, and in detriment of the expression “proportionality principle”. At third place, taking as theoretical background Robert Alexy’s distinction between principles as optimization requirements and rules as definitive requirements, it is developed an advanced model for the balancing of principles, in which it is shown that balancing, as a form of legal argumentation, can be represented by a structure that can be controlled in a rational way. This structure is what can be called of “Weight’s Formula” (*Gewichtsformel*). Finally, it is demonstrated that this structure, in despite of being based on rational standards, does not guarantee rationality in a full sense, but only possible rationality to judicial decisions restricting constitutional rights.

Key-words: Principles; Rules; Optimization requirements; Proportionality; Weight’s Formula.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
PARTE I – ÂMBITO TERMINOLÓGICO	15
1. A DISTINÇÃO ENTRE DUAS ESPÉCIES DE NORMAS: PRINCÍPIOS E REGRAS	15
1.1 Entre princípios e regras: argumentos e teses acerca de uma distinção	17
1.1.1 A distinção "forte" entre princípios e regras.....	17
1.1.1.1 Ronald Dworkin e a distinção entre regras e princípios	17
1.1.1.2 Robert Alexy e a distinção entre regras enquanto mandamentos definitivos e princípios enquanto mandamentos de otimização.....	20
1.1.2 Respostas a duas críticas à distinção "forte"	24
1.2 Um breve esboço do modelo conceitual de "norma (jurídica)" enquanto ato de fala (<i>speech act</i>)	28
1.2.1 A "norma (jurídica)" enquanto ato de fala (<i>speech act</i>).....	29
1.2.1.1 Os elementos constitutivos de um ato de fala.....	29
1.2.1.2 Introduzindo a ferramenta de análise: o conceito de “norma” articulado em $F(p)$	34
1.2.2 Como acomodar a distinção entre princípios e regras em ‘ $F(p)$ ’: uma solução ‘de força’ ou ‘de representação’?	37
1.2.3 Entre princípios e regras: uma distinção ontológica ou epistemológica?	41
2. A PROPORCIONALIDADE: REGRA OU PRINCÍPIO? A OPÇÃO TERMINOLÓGICA.....	43
2.1 A colisão de direitos fundamentais (princípios) e a <i>necessidade normativa</i> da proporcionalidade	44
2.2 A opção terminológica e a proporcionalidade como método.....	46
PARTE II – A ESTRUTURA LÓGICO-NORMATIVA DA PROPORCIONALIDADE	50
3. PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DA REGRA DE PROPORCIONALIDADE	50
3.1 O caráter <i>prima facie</i> dos princípios enquanto mandamentos de otimização.....	51
3.2 A relação de preferência condicionada e a Lei da Colisão (LC) revisitadas.....	52
3.3 As três (sub-)regras da regra de proporcionalidade: a adequação (idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)	54

3.3.1 A regra da adequação	55
3.3.2 A regra da necessidade	59
3.3.3 A regra da proporcionalidade em sentido estrito	62
4. (RE-)CONSTRUINDO A FÓRMULA DO PESO DE ROBERT ALEXY	67
4.1 Forma original e identificação das variáveis.....	69
4.1.1 Delimitando o conceito de “importância”	71
4.1.2 A Escala Triádica e a sua comensurabilidade.....	74
4.2 Complementação teórica e duas possíveis ampliações da “Fórmula”.....	78
4.2.1 A primeira ampliação: conciliando a “Fórmula do Peso” e a colisão entre mais de dois princípios.....	79
4.2.2 Revisão crítica e o problema das variáveis “T” e “ R”	81
4.2.3 A segunda ampliação: expandindo as variáveis IP_xC , RP_xC e WP_xA	84
4.3 (Re-)colocação das questões a serem enfrentadas: a “Fórmula” e os limites de sua racionalidade.....	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Para o texto em geral:

LC	Lei de Colisão
LSB	Lei Substantiva do Balanceamento
LEB	Lei Epistêmica do Balanceamento
(LEB) ₁	Lei Epistêmica do Balanceamento (formulação da certeza-probabilidade)
(LEB) ₂	Lei Epistêmica do Balanceamento (formulação da certeza-confiabilidade)
TDF	Teoria dos Direitos Fundamentais

Para a “Fórmula do Peso”:

$WP_{i,j}C$	Peso Concreto (ou Relativo) de P_i em relação a P_j
IP_iC	Grau de importância em satisfazer P_i
WP_iA	Peso Abstrato de P_i
RP_iC	Grau de confiabilidade dos julgamentos empíricos para a importância de P_i

INTRODUÇÃO

Antes de mais nada, é pertinente pedir a devida compreensão dos leitores para o tamanho bastante extenso de algumas das notas de rodapé ao longo do texto. Algumas delas são essenciais para o direcionamento da pesquisa, pois apresentam, além de justificativas e de escolhas metodológicas que julgo necessárias, registros de algumas idéias que podem servir de base para futuras pesquisas e que não ficariam bem dispostas no corpo principal do texto.

O presente estudo monográfico tem por objetivo principal a análise de alguns dos pontos centrais acerca do uso da idéia de proporcionalidade nas decisões judiciais, especialmente naquelas decisões restritivas de direitos fundamentais. Nesse sentido, tal pesquisa não tem o propósito de ser *relativista*, ou seja, de ser *relativa* a determinado sistema jurídico ou outro. Os pressupostos teóricos levados em consideração aqui são os seguintes: (a) um sistema jurídico pode ser ontologicamente entendido como um sistema de normas (ou de posições normativas); e (b) pelo menos parte desse conjunto de normas é composto por normas consagradoras de direitos fundamentais, ou seja, normas que têm a estrutura de *princípios* (em um determinado sentido de uso desse termo)¹. Não é um estudo, convém advertir, diretamente referencial à realidade brasileira.

A despeito dessa não-relativização, a escolha dos pontos a serem discutidos ao longo do texto não foi feita, de forma alguma, (i) alheia à relevância do tema para a doutrina e jurisprudência pátrias, e (ii) de maneira acrítica. No que concerne a (i), basta uma observação atenta das decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais brasileiros, para perceber quão presente é a idéia da proporcionalidade, e, por isso, quão necessária é a tarefa doutrinária nacional de *tornar explícitas* todas aquelas variáveis que, muitas vezes, apenas *implicitamente* se fazem presentes sob o manto do proporcional². O item

¹ A partir da contraposição entre regras e princípios, e admitindo que toda norma jurídica, sem exceção, ou é uma *regra* ou é um *princípio*, é possível imaginar três tipos de sistema jurídico: um sistema jurídico constituído somente por regras, um sistema jurídico constituído somente por princípios, e um sistema jurídico misto, constituído pela co-existência de regras e princípios. Advirto que (a) a hipótese de toda e qualquer norma jurídica ser, sem exceção, ou regra ou princípio não é ponto pacífico nas discussões teóricas sobre o tema, haja vista a existência das normas ditas *constitutivas*, que, em um ordenamento jurídico, se apresentam, em sua maior parte, como *normas de competência*; e que (b) existem vários argumentos para descartar as hipóteses de sistemas jurídicos constituídos somente de regras ou de princípios, e que a hipótese adotada neste trabalho será a do sistema jurídico misto. O argumento principal para justificar tal escolha pode ser remetido inclusive a uma retrospectiva histórica (e, portanto, empírica) de que os sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos (em especial, os textos constitucionais) apresentam enunciados normativos que expressam tanto regras, como princípios. Não há espaço aqui para aprofundar no tema. Para a discussão dos três tipos de sistemas jurídicos, confira: ALEXY, Robert (2002): pp. 69 e seguintes; e (1994): pp. 159-77.

² Registro que é um projeto bastante interessante o da (re-)construção da jurisprudência do STF a partir de uma idéia consistente acerca da proporcionalidade. Não é, no entanto, objetivo deste estudo tal projeto. O que se pretende fazer aqui é, sobretudo, *tornar explícito* um quadro teórico consistente sobre a proporcionalidade, que seja capaz de torná-la um instrumento realmente útil para o controle de racionalidade das decisões judiciais, e

(ii) guarda relação com um fenômeno que vem sendo denominado, em literatura nacional recente, de *sincretismo metodológico*³. É que, no Brasil, muitos dos estudos feitos sobre as teorias dos direitos fundamentais, em geral, e sobre a proporcionalidade, em particular, insistem em importar *acriticamente* teorias exógenas (do estrangeiro) como se fossem completamente compatíveis com a realidade brasileira, e, como se isso não bastasse, muitas vezes essa importação ocorre sem se tomar na devida conta a profundidade e a correção teórica de referidas teorias. A crítica que desenvolvo é que, infelizmente, tornou-se recorrente na doutrina brasileira a referência à proporcionalidade como um mero instrumento de retórica vazia, o que fornece um espaço bastante amplo para a irracionalidade e para o subjetivismo.

Para sustentar tal crítica, concentro-me, neste trabalho, em defender a tese de que o conceito de proporcionalidade mais útil e adequado para a práxis judicial é o da proporcionalidade como um *método de controle da racionalidade das decisões judiciais em matéria de restrição a direitos fundamentais*. Para tanto, são necessárias três tarefas básicas: (a) a da análise estrutural da proporcionalidade, tornando explícitos os seus sub-elementos e as suas relações entre si; (b) a de mostrar como esses sub-elementos devem ser aplicados na prática; e (c) em que medida a sua correta aplicação garante a possibilidade de controlar racionalmente as decisões judiciais em matéria de restrição a direitos fundamentais. Cabe observar que todas as três tarefas resultam predominantemente de um estudo sobre a dimensão analítica da proporcionalidade, o que, no entanto, não exclui ou reduz a importância de sua dimensão normativa. É que, além da pretensão da maior clareza possível⁴ (a ser cumprida na dimensão analítica), sustento que a proporcionalidade enquanto método⁵ de

não um mero instrumento de retórica vazia, que deixe espaços inaceitavelmente amplos para subjetivismos. A ausência de uma discussão séria da proporcionalidade como um *método* do controle de racionalidade das decisões judiciais é uma deficiência sistemática da doutrina nacional que trata do tema. Dignos de nota e de exceção, porém, são os seguintes estudos: GUERRA, Marcelo L. (2006): pp. 319-40; STEINMETZ, Wilson (2001); e SILVA, Virgílio Afonso da (2003): pp. 23-50.

³ A respeito do tema, conferir: SILVA, Virgílio A. da (2007): 115-43.

⁴ Faço uso da expressão “*pretensão da maior clareza possível*” para referir-me ao rigor e à clareza próprias dos estudos de Filosofia Analítica. Um estudo analítico tem relevância em vários contextos, sobretudo no de *tornar explícito* aquilo que está *implícito* geralmente de forma *acrítica* no uso de um certo conceito. A tarefa de *tornar explícito o implícito* permite vários benefícios, como (a) a clareza e a sistematização conceitual, (b) a honestidade intelectual, (c) a maior definição do objeto de estudo e (d) a oferta de um espaço estruturalmente mais organizado para a produção de eventuais contra-argumentos e críticas.

⁵ O conceito de ‘método’ que adoto aqui guarda uma relação muito próxima com a distinção inicialmente elaborada por Gilbert Ryle entre a inteligência e o intelecto, ou, numa forma mais compreensiva, entre o *knowing that* e o *knowing how*, em sede de Filosofia da Mente. Em termos gerais, essa distinção se refere à dicotomia que existe entre o processo de *aquisição de conhecimento* entendido como processo de *aquisição de informação* (*knowing that, intelecto*) e o processo de *produção de conhecimento* entendido como processo de *fazer uso da informação adquirida na performance de alguma atividade mental* (*knowing how, inteligência*). Indo um pouco mais além, argumenta Ryle que não é possível descrever o *knowing how* como a performance de uma atividade mental interna ao ser humano. Defende, ainda, e esse é o ponto central de seu argumento, que é *impossível* performar qualquer atividade mental qualificada como *knowing how* sem uma manifestação *externa*

solução de colisões entre direitos fundamentais tem um caráter *necessariamente normativo* (i.e., a proporcionalidade é um *dever* de e para quem quer que esteja na posição de solucionar uma colisão entre direitos fundamentais) e que tal método *normativamente necessário* pode garantir não uma racionalidade total, mas apenas uma *racionalidade possível* para o controle das decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais⁶.

Para atingir essas metas, divido o estudo em duas partes.

Na Parte I, tratarei da questão terminológica da proporcionalidade. O argumento central é o de que as divergências terminológicas sobre a proporcionalidade não são divergências somente ao nível lingüístico (semântico). A opção terminológica traduz uma opção teórica acerca da proporcionalidade que se caracteriza por ser mais ou menos útil a uma compreensão da proporcionalidade como método, ou seja, argumento que a opção terminológica acerca da proporcionalidade implica, em virtude da coerência argumentativa, o comprometimento com um certo modo de uso da proporcionalidade como método racional para solucionar colisões entre direitos fundamentais (nível pragmático)⁷. Para tanto, em primeiro lugar, tecerei alguns comentários sobre a distinção entre regras e princípios⁸, visando

dessa performance, e que a completa descrição dessa atividade pode ser feita a partir da descrição de tal manifestação *externa*. De acordo com Ryle, não existe a diferença que tradicionalmente se coloca entre um mundo interior (*inner*) da atividade mental que está inacessível ao espaço público e um mundo exterior (*outer*) da atividade mental que está acessível ao espaço público, na medida em que *tudo que se refere à dimensão mental do ser humano se reduz ao que é manifestado no espaço publicamente compartilhado*. Nesse sentido, a posição de Ryle é notadamente *reducionista*. Considero, então, a proporcionalidade como método, e como método que é, como um *knowing how* nos termos de Ryle, ou seja, considero que toda e qualquer informação que seja adquirida acerca da proporcionalidade tem de estar direcionada à sua utilidade para a performance dos processos mentais necessários à adequada concretização do método da proporcionalidade em um espaço publicamente compartilhado (por isso *'tornar explícito o implícito'*). Para uma excelente visão dessa distinção, confira, por todos: RYLE, Gilbert (2000): pp. 26-59.

⁶ É possível sustentar que, além de a proporcionalidade ser um método *normativamente necessário*, ela também *deve ser* um método tanto quanto possível *racional* para solucionar colisões entre direitos fundamentais (o *dever da reserva do possível*). Em outras palavras, defendo que o método da proporcionalidade é *normativamente necessário* enquanto *método racional para solucionar colisões entre direitos fundamentais*.

⁷ A distinção semântica/pragmática tem sido fruto de provocantes discussões em parte considerável da literatura sobre Filosofia da Linguagem, desde o fim do século XIX. Basicamente, vem-se buscando formas de distinguir o *conteúdo semântico* (significado convencional das expressões lingüísticas, independente do contexto) do *conteúdo pragmático* (significado veiculado pelo *uso de tais expressões* por certo falante ao proferi-las em uma situação particular, dependente do contexto). Esse debate, em linhas gerais, versa sobre *como dispor a sensibilidade ao contexto das expressões lingüísticas dentro de uma teoria da comunicação humana*. Refere-se às maneiras através das quais os contextos de proferição influenciam as interações comunicativas, e, em decorrência, refere-se ao que *é um contexto de proferição*, e ao que *significa achar-se nele*. Estou trabalhando em um texto dedicado à essa distinção e à sua relevância para a interpretação jurídica. (SOUSA, Felipe Oliveira de. *A distinção semântica/pragmática e a interpretação jurídica*. (manuscrito em vias de conclusão)). Esse texto é resultado de estudos de iniciação científica realizados ao longo do período letivo de 2005/2006 (PIBIC-UFC), sob a orientação do professor Marcelo Guerra, a quem devo especial agradecimento, por seu tempo e sua atenção.

⁸ É relevante notar que além da questão terminológica que envolve a classificação da proporcionalidade como regra ou como princípio, há uma outra questão: a de marcar claramente a distinção entre a proporcionalidade (*verhältnismässigkeit*), a razoabilidade, a proibição de excesso (*übermassverbot*) e a concordância prática. Essa questão surgiu, sobretudo, na discussão doutrinária sobre a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã.

definir que tipo de dever é a proporcionalidade. Mesmo não pretendendo esgotar completamente o quadro teórico acerca da referida distinção, procuro ressaltar os argumentos e as questões que devem ser levadas em consideração para uma discussão bem sucedida sobre esse tema. Proponho, então, a título sugestivo, que a distinção entre princípios e regras poderia ser composta a partir de um modelo articulado na teoria dos atos de fala (*speech-act theory*) para o conceito de *norma jurídica*. Através de tal modelo, - que, ressalte-se, é desenvolvido aqui apenas de forma muito preliminar -, procuro (re-)compor os critérios discutidos para a distinção entre regras e princípios, e argumento que ele fornece um método bastante útil para elaborar de forma sistemática essa distinção entre duas espécies de normas jurídicas. Mostro, ainda, que tal modelo é interessante seja para aqueles que tomam a distinção princípio/regra como sendo somente de caráter *ontológico*, seja para aqueles que a tomam como sendo de caráter *epistemológico* apenas. Argumento que é irrelevante discutir se a referida distinção tem caráter ontológico ou não, pois é inegável, de uma forma ou de outra, a repercussão que tal distinção tem do ponto de vista epistemológico e, portanto, a repercussão que tem para a prática em virtude de sua *utilidade*, motivo pelo qual deve ser ela mantida. Essa é a razão pela qual justifico a opção de adotar, neste trabalho, a distinção proposta por Robert Alexy entre princípios enquanto *mandamentos de otimização* e regras enquanto *mandamentos definitivos*. Em segundo lugar, sustento que a opção terminológica acerca da proporcionalidade não se esgota em decidir se a proporcionalidade tem ou não caráter normativo (i.e., se a proporcionalidade é ou não um dever). Sustentarei que se o uso da proporcionalidade é *normativamente necessário* (e, portanto, obrigatório) para solucionar colisões entre direitos fundamentais, então a proporcionalidade é um *dever* (i.e., tem caráter normativo). Essa constatação, no entanto, não é suficiente, pois pouco ou nada diz além do óbvio. Defendo ainda que, partindo do ponto de vista epistemológico (e, portanto, da utilidade prática), a distinção de Alexy⁹ muito contribui para uma visão da proporcionalidade como

Apesar da relevância da questão, não me dedico a ela neste escrito, seja porque (i) parto do pressuposto de que a proporcionalidade é um termo técnico usado para identificar o método que se deve usar para solucionar adequadamente colisões entre direitos fundamentais, seja porque (ii) a distinção entre os quatro vocábulos não interfere diretamente nos objetivos deste trabalho, que, reforça-se, é o de defender a visão da proporcionalidade como um procedimento racional para a solução de colisões entre direitos fundamentais. Para uma visão aprofundada dessas distinções, sobretudo a que concerne a proporcionalidade e a razoabilidade, confira: SILVA, Virgílio Afonso da (2003): pp. 23-50, e ÁVILA, Humberto B. (2006): pp. 121-66.

⁹ Ao longo do texto, pretendo deixar claro que, apesar de não o afirmar expressamente, Alexy tende a considerar a sua distinção entre as duas espécies de norma jurídica como uma distinção de caráter *ontológico* ao nível da *força ilocucionária* 'F'. Essa posição é criticável, como se verá. Defendo, ainda, que a distinção de Alexy pode ser mais bem compreendida como uma distinção tanto ao nível da *força ilocucionária* 'F', como ao nível do *conteúdo proposicional* '(p)'. Apesar dessa crítica, a distinção tal como proposta por Alexy tem uma relevância inegável do ponto de vista *epistemológico*, ou seja, do ponto de vista da *utilidade prática*, e que, por isso, merece

método¹⁰. Por fim, tomando por base essas considerações, justifico a opção terminológica pela expressão “*regra da proporcionalidade*” em detrimento de “*princípio da proporcionalidade*”, para fins do corrente trabalho.

Na Parte II, dedico-me ao objetivo principal deste escrito, que é a demonstração de que a regra da proporcionalidade denota um método racional para resolver colisões entre direitos fundamentais. Para tanto, valho-me de uma (re-)construção crítica de um dos pontos centrais da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy¹¹: a Fórmula do Peso (*Gewichtsformel*). Nessa (re-)construção, além de revisar o aparato teórico proposto por Alexy, pretendo apontar para algumas das críticas que lhe foram feitas, sobretudo por Habermas¹² e Schlink¹³, e também atentar para algumas complementações teóricas recentes que tal aparato recebeu¹⁴. O estudo específico da “Fórmula do Peso” como estratégia para comprovar a tese de que a proporcionalidade (ou o balanceamento, em expressão menos compreensiva) é um procedimento racional se justifica, de um lado, pela ausência de farta discussão nacional sobre o tema¹⁵, e pela rejeição que, em geral, causa essa estratégia formal (e metaforicamente matemática, como se verá) na comunidade jurídica¹⁶.

ser mantida para este estudo. Ressalto, contudo, que adoto tal distinção com algumas ressalvas, a serem feitas na parte I desse texto.

¹⁰ Registro, para efeito de análise posterior, a observação bastante pertinente formulada pelo professor Paulo Albuquerque quando de sua crítica à uma versão anterior desse texto. A pergunta que colocou foi: a proporcionalidade é método ou metodologia? Essa diferença está relacionada com a distinção entre processo e procedimento. A tese que procuro defender aqui é que a proporcionalidade é um método. Essa idéia necessita de aprofundamento, pois toca em um ponto muito importante para este estudo. Faço, portanto, esse registro, para, em havendo oportunidade, desenvolvê-lo mais adequadamente.

¹¹ Alexy, certamente, foi o teórico que mais avançou em delinear uma estrutura metodologicamente adequada para a proporcionalidade, isto é, em delinear uma estrutura que tornasse explícito os elementos necessários para que a proporcionalidade se convertesse num método suficientemente (mas não completamente) seguro para garantir uma *racionalidade possível* nas decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais.

¹² Cf. HABERMAS, Jürgen (1998): p. 259.

¹³ Cf. SCHLINK, Bernhard (2001): pp. 445 e seguintes.

¹⁴ As complementações teóricas mais relevantes foram intuídas por Bernal Pulido em: BERNAL PULIDO, Carlos (2007): pp. 101-10.

¹⁵ Com efeito, até onde pude observar, só há *um* texto sobre a “Fórmula do Peso” veiculado na doutrina nacional, que é o seguinte: GUERRA, Marcelo L. (2006). *A Proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações...*, pp. 319-49. Esse texto, advirta-se, merece ser lido, quer por sua clareza expositiva, quer por apresentar observações muito relevantes para o tema.

¹⁶ Não foram poucos os colegas que demonstraram aversão a essa estratégia. Pretendo neste estudo deixar claro que a “Fórmula do Peso” é sim uma estratégia bastante interessante para comprovar a tese da proporcionalidade como um procedimento racional. Se ela não resolve todos os problemas, ela, pelo menos, deixa explícito quais problemas existem para serem resolvidos, ou seja, se ela não garante uma racionalidade total, o que já não é de se esperar em qualquer forma de discurso jurídico, ela garante uma racionalidade possível, que nem sempre pode ser acessada tão claramente através de outras estratégias menos formais.

PARTE I – O ÂMBITO TERMINOLÓGICO

1. A DISTINÇÃO ENTRE DUAS ESPÉCIES DE NORMAS: PRINCÍPIOS E REGRAS

O conceito de norma jurídica e a distinção entre duas de suas espécies (regras e princípios), ainda que não seja um assunto recente, ganhou muita força na discussão contemporânea em Teoria do Direito, sobretudo com as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy¹⁷. Os critérios que são usados para elaborar a distinção entre princípios e regras mostram-se muito diversos, e, às vezes, até inconciliáveis entre si. Não há um consenso, por exemplo, se entre princípios e regras (i) há uma relação de co-generalidade, caso em que princípios e regras seriam dois gêneros autônomos de categorias normativas, ou (ii) há uma relação de especialidade, caso em que princípios e regras seriam duas espécies de uma mesma categoria conceitual designada, genericamente, com o termo ‘norma jurídica’, ou (iii) há uma relação não entre dois tipos conceituais claramente definidos, mas sim uma relação entre dois modos distintos de aplicar enunciados normativos a casos concretos. Além disso, há divergências consideráveis dentro de cada uma dessas hipóteses. Se se toma, por exemplo, a distinção como sendo de especialidade, resta uma importante questão: que critério(s) adotar para definir tal distinção? A doutrina aponta para critérios bastante diversos, como a fundamentalidade, a generalidade, e a estrutura lógica¹⁸. Apesar disso, vem-se tornando bastante pacífico na doutrina que a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre dois tipos normativos, o que não reduz as controvérsias entre os juristas. E isso se deve ao fato de que os referidos critérios podem ou não ser compatíveis entre si, a depender da maneira como sejam interpretados.

Cabe advertir que se pode articular diferentes formas coerentes da distinção em quaisquer das hipóteses acima, motivo pelo qual não se deve ir de encontro a isso. O que se deve destacar, para fins desta investigação, é que o(s) critério(s) aqui usado(s) para compor a

¹⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously* (1977) e ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (1984).

¹⁸ Como exemplo da variedade de critérios que se adotam na doutrina para definir a distinção princípio/regra vale a pena conferir as catalogações elaboradas por Carrió e por Guastini sobre os diversos usos do termo ‘princípio’. É importante inclusive ressaltar que as primeiras distinções apontavam para uma distinção entre *princípios* e *normas* (como a de Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, 1956), e não para uma distinção entre duas espécies de normas. Não me ocupo aqui dessa análise, porque vai além dos limites propostos a esse texto. É suficiente notar a ampla aceitação doutrinária da distinção entre princípios e regras como uma distinção entre duas espécies de normas. Para aprofundamento, veja: CARRIÓ, Genaro. (1990): pp. 203-235; e GUASTINI, Ricardo. (2005): pp. 185-203.

distinção entre princípios e regras deve(m) ser justificado(s) pela sua utilidade prática, ou seja, pela utilidade que teria(m) para a reconstrução de certos fenômenos observados na prática.

Partindo desse ponto de vista funcional, é possível identificar na doutrina pelo menos duas ou três posições acerca da distinção princípio/regra, uma que traça uma distinção “forte”, outra que traça uma distinção “fraca”, e ainda outra que rejeita por completo a possibilidade de distinção. A primeira tem como representantes centrais Dworkin e Alexy¹⁹. As duas últimas, geralmente, surgem na forma de críticas às posições sustentadas por esses dois autores. Essa é a razão pela qual faço, em primeiro lugar, uma breve análise da distinção “forte”, tal como proposta por Dworkin e Alexy, e, em segundo lugar, exponho algumas das críticas que foram colocadas contra essa distinção “forte” e a favor de uma distinção “fraca”, ou até mesmo a favor da impossibilidade de delinear qualquer distinção entre princípios e regras.

Uma vez traçado o quadro teórico da distinção, defendo que, se entre princípios e regras há uma distinção entre duas espécies de normas (jurídicas), então é necessário pressupor a possibilidade de articular algum modelo ontologicamente adequado para o conceito de ‘norma (jurídica)’²⁰. Proponho a elaboração de um modelo articulado na teoria dos atos de fala (*speech-act theory*) para a ‘norma jurídica’, mais precisamente, um modelo que pressupõe a existência de dois elementos constitutivos para um ato de fala, a saber: uma força ilocucionária (*F*) e um conteúdo proposicional (*(p)*). A partir disso, analiso como é possível compor em tal modelo os critérios discutidos da distinção entre princípios e regras, e como essa composição confere uma visão mais sistemática do assunto.

Concluo, desse esforço analítico, que se pode compor a distinção princípio/regra a partir de um ponto de vista puramente ontológico ou puramente epistemológico. Sustento que, no entanto, a chave para resolver o problema talvez esteja em não excluir a possibilidade de uma composição mista da distinção, que talvez possa não fornecer uma resposta definida ou até mesmo definitiva, mas que seja mais adequada para acomodar a distinção princípio/regra à necessidade prática e aos limites epistemológicos dentro de um modelo ontologicamente adequado para a ‘norma jurídica’. Esse argumento, no entanto, é tomado como irrelevante para o presente estudo, por não comprometer as teses aqui defendidas.

¹⁹ É importante mencionar também a grande contribuição que, na doutrina espanhola, Manuel Atienza e Juan R. Manero deram para a distinção “forte” entre princípios e regras. Adoto, neste estudo, uma das críticas que esses autores formularam à tese de Alexy dos princípios enquanto *mandamentos de otimização*, como ficará claro posteriormente. Para conferir na íntegra, veja: ATIENZA, Manuel; e MANERO, Juan R (2004): pp. 23-68.

²⁰ Para uma breve nota sobre a viabilidade de um modelo ontológico para a norma (jurídica), veja o item 1.2.3 deste estudo.

Diante disso, argumento que a distinção de Alexy, apesar de ser uma distinção que tende a ser ontológica, não é irrelevante do ponto de vista epistemológico. Defendo ainda que, com algumas breves ressalvas, o modelo elaborado por Alexy é muito útil, sobretudo para o ponto principal deste trabalho, que, convém advertir, é demonstrar que a proporcionalidade é um método racional para solucionar colisões entre direitos fundamentais.

1.1 Entre princípios e regras: argumentos e teses acerca de uma distinção

1.1.1 A distinção “forte” entre princípios e regras

A tese “forte” da distinção entre princípios e regras é aquela que é defendida, sobretudo, por Dworkin e Alexy. É a tese que defende que há uma diferença de *caráter lógico* entre princípios e regras. Essa não é a tese mais difundida na doutrina brasileira, que, em geral, tem-se ocupado em defender uma tese que se pode denominar de “fraca” da distinção entre princípios e regras, pois advoga uma distinção de grau, seja de grau de fundamentalidade, de abstração ou de generalidade²¹. O objetivo desta seção do texto é expor os argumentos propostos por Dworkin a favor da tese “forte” da distinção, e dar conta dos avanços e das correções que foram conferidos a tais argumentos na teoria de Alexy. Ressalta-se que o foco desta seção não é fazer uma análise exaustiva da distinção, já que dois dos pontos centrais deste trabalho, convém mais uma vez reiterar, é (i) o de fazer uma opção terminológica para a proporcionalidade, ou seja, é o de saber se a proporcionalidade é mais bem compreendida como *regra* ou como *princípio*, e é (ii) o de comprovar a tese da proporcionalidade enquanto *método racional para solucionar colisões entre normas de direitos fundamentais*. Como se verá, tanto na obra de Dworkin, como na de Alexy, a distinção surge como uma tentativa de explicar a estrutura das normas de direito fundamental.

1.1.1.1 Ronald Dworkin e a distinção entre regras e princípios

Dworkin elaborou sua distinção como uma das bases teóricas para fazer um “ataque geral ao positivismo” (*general attack on positivism*), sobretudo à versão proposta por seu

²¹ O maior representante dessa corrente no Brasil é, sem dúvida, Humberto Bergmann Ávila. Os seus argumentos apontam para uma distinção entre princípios e regras feita a partir de vários critérios conjugados. É uma distinção, portanto, complexa. Recomendo a leitura integral de sua obra *Teoria dos Princípios*, 2006. Para uma crítica muito interessante das visões de Ávila, confira: SILVA, Virgílio Afonso da (2003): pp. 607-30. Ademais, remeto à leitura de: BARCELLOS, Ana Paula de (2007): pp. 165 e seguintes.

antecessor em Oxford, Herbert Hart. De acordo com Dworkin, o positivismo fornece um modelo de sistema jurídico constituído *exclusivamente* por regras, o que o torna insuficiente para dar conta da solução dos casos difíceis (*hard cases*), quando se usam *standards* que *operam e funcionam* de maneira distinta das regras. Dworkin parte de um problema concreto para refutar a teoria positivista propugnada por Hart, que é o de que o conceito positivista de aplicação do Direito seria criticável a partir da seguinte situação: um juiz, quando não há uma regra aplicável ao caso concreto, ou quando a regra aplicável é indeterminada, *deve tomar uma decisão discricionária*, ou seja, *deve criar uma solução nova para o caso concreto*²².

A tese que Dworkin propõe para refutar essa situação é a de que um sistema jurídico é constituído não somente por *regras*, como defende o positivismo de Hart, mas também por *princípios*. Dessa forma, um juiz, quando se depara com a situação de não haver regra aplicável ao caso concreto ou de a regra aplicável estar indeterminada (casos difíceis), não *deve tomar* uma decisão *completamente discricionária*, pois tem o *dever de tomar tal decisão a partir da aplicação rigorosa dos princípios jurídicos*.

Dworkin identifica dois critérios para distinguir os princípios das regras²³. O primeiro deles é o de que as regras se diferenciam dos princípios a partir de um ponto de vista lógico, em razão do tipo de solução que oferecem. As regras operam de maneira *tudo-ou-nada* (“*all-or-nothing-fashion*”), ou, o que é dizer o mesmo, as regras operam na dimensão da validade. Se ocorre o suposto de fato²⁴ comandado, proibido ou permitido por uma regra, então ou (i) a regra é válida, e então as suas conseqüências jurídicas são *obrigatórias*, ou (ii) a regra não é válida, e então ela não *deve ser aplicada*, isto é, e então as suas conseqüências jurídicas não contam em nada para a decisão. Em outras palavras, ou a regra é *aplicada em sua inteireza (por completo)*, ou ela *deve ser por completo não aplicada (deve ser não aplicada em absoluto)*. Já os princípios não possuem a estrutura disjuntiva das regras, pois não estabelecem claramente os supostos de fato cuja ocorrência torna obrigatória a sua aplicação, nem que conseqüências jurídicas devem surgir a partir de sua aplicação, ou seja, os princípios

²² Dworkin desenvolveu essas idéias sobretudo em dois textos publicados em seu *Taking Rights Seriously*. Em seqüência, são eles o *The Model of Rules I* e o *The Model of Rules II*, ambos de leitura obrigatória para quem se interesse em aprofundar no tema. Veja: DWORKIN, Ronald. (2002): pp. 14-80.

²³ Dworkin também identifica outros *standards* além dos princípios e das regras e faz uma distinção entre *princípios* e políticas (*policies*), por exemplo. Não é relevante traçar essa distinção aqui. Apenas cabe notar que uso o termo *princípio em sentido amplo* para designar tanto os princípios em sentido estrito, como as políticas (*policies*). Veja: DWORKIN, Ronald (2002): pp. 22 e ss.

²⁴ Emprego a expressão “suposto de fato” aqui como um termo genérico para indicar *aquilo que* uma regra comanda, proíbe ou permite. Numa visão mais rigorosa, esse suposto de fato pode referir-se tanto a um “estado de coisas”, como à “performance de uma ação”, ou seja, uma regra pode comandar, proibir ou permitir a *criação*, a *modificação*, e a *extinção* de um certo estado de coisas, ou pode comandar, proibir ou permitir a performance de uma certa ação (ou omissão). Essa distinção ainda poderia ser mais aprofundada, o que não é necessário aqui. Para uma visão detalhada do assunto, confira: VON WRIGHT, Georg H. (1963): pp. 129 e seguintes.

não determinam por completo uma decisão, pois apenas servem de razões que contribuem a favor de uma decisão ou outra.

O segundo critério, que segue até mesmo da distinção de caráter lógico acima disposta, é o de que os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem: a *dimensão do peso (dimension of weight)*²⁵. Esse critério é definido pela importância ou pelo peso relativo que um princípio tem em relação a outro princípio quando os dois colidem em um caso concreto. Com efeito, quando dois princípios colidem em um caso concreto, a decisão é tomada em virtude de um princípio (P1) ter, diante das circunstâncias concretas, uma importância ou um peso relativo maior do que o do outro princípio colidente (P2), fato esse que não impede que em uma decisão posterior, mudadas as circunstâncias concretas, essa situação de prevalência se inverta, e o princípio P1 que, na primeira situação, tinha um peso relativo maior, agora tenha um peso relativo menor do que P2.

Essa situação fica ainda mais evidente, de acordo com Dworkin, quando comparada com o conflito de regras²⁶. É que quando, por exemplo, uma regra comanda algo que uma outra regra proíbe sem que se tenha previsto nenhuma exceção em nenhuma delas, o conflito só pode ser resolvido através da declaração de invalidade de uma das regras, ou seja, através da declaração de que uma das regras não mais pertence ao ordenamento jurídico. No caso da colisão de princípios, essa declaração de invalidade não ocorre, pois ambos os princípios colidentes permanecem válidos, e, portanto, continuam ambos pertencendo ao ordenamento jurídico. O que acontece é que, no *caso concreto*, um princípio *cede em detrimento do outro*.

É preciso atentar que, quanto à maneira tudo-ou-nada de aplicar as regras, há uma objeção de que não se pode prever todas as exceções possíveis a determinada regra, ou seja, é possível que seja formulada uma nova exceção a uma regra que até então era desconhecida. Dworkin rebate afirmando que se pelo menos teoricamente é possível listar todas as exceções que podem existir a uma regra²⁷, essa objeção não procede. Ademais, o que importa notar é que a tese de que o conflito de regras possui uma estrutura completamente distinta da colisão de princípios fornece um critério justificante para manter a distinção.

²⁵ Cf. DWORKIN, Ronald (2002): pp. 25-6.

²⁶ Cf. DWORKIN, Ronald (2002): pp. 27 e ss.

²⁷ Se não é possível listar *todas as exceções possíveis* a uma regra, é pelo menos possível saber que supostos de fato não valem como exceção (por exclusão). Isso, por si só, já é suficiente para comprovar o argumento de que não é necessário listar todas as exceções possíveis a uma regra para provar que uma regra é aplicada de maneira tudo-ou-nada. Conforme o próprio Dworkin (2002), p. 25: “*The rule might have exceptions, but if it does then it is inaccurate and incomplete to state the rule so simply, without enumerating the exceptions. In theory, at least, the exceptions could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule.*”.

1.1.1.2 Robert Alexy e a distinção entre regras enquanto mandamentos definitivos e princípios enquanto mandamentos de otimização

Alexy elabora com mais rigor a distinção proposta por Dworkin, e, com isso, confere-lhe uma maior precisão conceitual. Parte de dois pressupostos básicos muito semelhantes aos de Dworkin: (i) o de que a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies do gênero ‘norma’^{28,29}, e (ii) o de que a distinção tem um caráter *qualitativo*, e não de *grau*. A contribuição decisiva de Alexy foi ter desenvolvido a tese dos princípios enquanto *mandamentos*³⁰ de otimização.

É importante notar que Alexy, apesar de reconhecer a diversidade de critérios que se pode usar para traçar a distinção, concentra seus esforços em aprofundar os critérios utilizados por Dworkin. No que concerne ao primeiro critério, o de que as regras são aplicadas de maneira tudo-ou-nada (“*all-or-nothing fashion*”), Alexy critica a postura de Dworkin em defender que é teoricamente possível listar todas as exceções a uma regra, pelo simples fato de que elaborar tal lista é *epistemologicamente impossível*, já que é impossível a qualquer ser humano prever todas as situações fáticas que seriam qualificadas, caso ocorressem, como exceções a uma certa regra³¹. Em outras palavras, Alexy defende que a tese de Dworkin de que as regras são aplicadas de maneira tudo-ou-nada pressupõe a possibilidade de conhecimento de todas as exceções a todas as regras. Essa constatação implica uma outra: se não é possível conhecer todas as exceções possíveis a uma certa regra, então também não seria possível nem formular a regra enquanto tal, nem muito menos deduzir com algum grau aceitável de certeza as conseqüências jurídicas que decorreriam da aplicação de tal regra a um

²⁸ É relevante observar que Alexy desenvolve toda a sua teoria dos princípios a partir de um modelo conceitual *semântico* de norma. Ele parte de uma distinção básica entre *enunciado normativo* e *norma propriamente dita*. Uma *norma*, para Alexy, é o significado de um *enunciado normativo*. Toda *norma* pode ser expressa por um *enunciado normativo*, através do uso de *expressões deônticas* como ‘proibido’, ‘permitido’, ‘comandado’. No item 1.2 desta seção do texto, desenvolvo um modelo um pouco mais sofisticado do que o de Alexy para o conceito de *norma*, articulado na teoria dos atos de fala. Investigo, então, como é possível acomodar a distinção defendida por Alexy entre princípios e regras no modelo proposto. Para uma crítica ao conceito *semântico* de *norma* de Alexy, veja: LA TORRE, Massimo (2007): pp. 53-67.

²⁹ Alexy é taxativo ao afirmar que uma norma ou é uma *regra* ou é um *princípio*. Veja em: ALEXY, Robert (2002): p. 48.

³⁰ O termo ‘mandamento’ é adotado aqui de forma genérica para incluir os operadores deônticos ‘comandar’ (ou ‘é obrigatório que’, ‘O’), ‘proibir’ (ou ‘é proibido que’, ‘F’) e ‘permitir’ (ou ‘é permitido que’, ‘P’). Somente a título de curiosidade, é interessante notar a interdefinibilidade desses três operadores, ou seja, cada um deles pode ser definido a partir da realização de algumas operações lógicas simples com os demais. Por exemplo, o operador deôntico de ‘permitir’ pode ser definido como a conjunção das negações dos operadores ‘comandar’ e ‘proibir’, ou seja, quando algo ‘é permitido’ significa que esse algo é ‘não-comandado’ ou ‘não-proibido’ ($P(a) \rightarrow \sim O(a) \vee \sim F(a)$). Não é preciso aprofundar o tema aqui.

³¹ Cf. ALEXY, Robert (1988): pp. 139-51.

caso concreto³². Alexy ainda argumenta que se fosse possível conhecer todas as exceções possíveis às regras, então também seria possível conhecer todas as exceções possíveis aos princípios, fato que conduziria a distinção entre princípios e regras a uma mera distinção *de grau*, e não *de estrutura lógica*, como o próprio Dworkin sugere.

No que concerne ao segundo critério, o de que os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem (a dimensão de peso), Alexy concorda integralmente com Dworkin, porém avança e desenvolve a idéia dos princípios enquanto *mandamentos de otimização*. Os princípios, de acordo com Alexy, são “normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas”³³. Isso conduz à tese de que os princípios podem ser satisfeitos (concretizados) em vários graus, e que esse grau de satisfação depende não só do que é possível faticamente, mas também do que é possível juridicamente³⁴. Já as regras são normas que ou são satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra é válida, então o mandamento é fazer exatamente o que ela prescreve, nem mais, nem menos³⁵. Enquanto os princípios possuem um grau de satisfação *variável*, as regras possuem um grau de satisfação *fixo* na dimensão do que é fática e juridicamente possível.

É importante notar que a idéia de princípios terem grau de satisfação variável e de regras terem grau de satisfação fixo, do ponto de vista teórico, não implica afirmar nem que princípios *nunca podem ser realizados completamente*, nem que regras *nunca podem ser realizadas apenas parcialmente*³⁶. Isso quer dizer que, de um lado, princípios podem sim ser *realizados completamente*, e que, de outro, regras podem sim ser *realizadas apenas parcialmente*. Tal posição é explicada, ao menos em parte, pelo caráter de mandamentos de otimização dos princípios da seguinte maneira: (a) primeiro, se cada princípio for tomado em consideração isoladamente, ou seja, se for tomado sem estar em relação com outros

³² Para uma crítica aprofundada da posição de Dworkin pelo próprio Alexy, confira: ALEXY, Robert (1995). *Zum Begriff des Rechtsprinzips*: pp. 177-212.

³³ “...principles are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities”, ALEXY, Robert (2002): p. 47.

³⁴ “Principles are optimization requirements, characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible. The scope of the legally possible is determined by opposing principles and rules.”, ALEXY, Robert (2002): p. 47-8.

³⁵ “By contrast, rules are norms which are always either fulfilled or not. If a rule validly applies, then the requirement is to do exactly what it says, neither more nor less.”, ALEXY, Robert (2002): p. 48.

³⁶ Esse ponto é de especial destaque, porque boa parte das objeções que a teoria dos princípios de Alexy recebeu gira em torno de saber se uma *regra* sempre é satisfeita completamente, e de saber se um *princípio* sempre é satisfeito apenas parcialmente. As críticas ficarão mais claras no decorrer do texto. O próprio Alexy parece reconhecer, em uma nota de rodapé na versão inglesa da TDF, que isso não ocorre. Veja: ALEXY, Robert (2004): p. 48, nota de rodapé 24.

princípios³⁷, ou se a realização de um princípio, no caso concreto, não estiver sendo restringida por nenhum outro princípio³⁸, não é um absurdo, do ponto de vista teórico, aceitar a conversão do conceito de princípio como mandamento *de otimização* dentro do que é *fática e juridicamente possível* para um conceito de princípio enquanto mandamento *de maximização* dentro daquilo que é apenas *faticamente possível*. Um princípio, nessa situação, poderia ser *realizado completamente*, caso as circunstâncias fáticas fossem ideais, ou seja, caso fosse possível concretizar um *estado de coisas ideal*; e (b) segundo, nada impede, na teoria de Alexy, como se verá adiante, que um princípio *P* restrinja a satisfação de uma regra *R*, ou que uma regra *R* restrinja a realização de um princípio *P*, a depender do tipo de relação de preferência que se estabeleça. Partindo disso, uma regra *R*, em determinadas circunstâncias, poderia ter a sua satisfação restringida por um princípio *P*, e vice-versa. É suficiente, por enquanto, anotar essas observações. No próximo item, mostro como a teoria de Alexy é compatível com essas idéias.

A distinção qualitativa entre normas que são princípios e normas que são regras, além de ter como critério a maneira como devem ser aplicadas essas normas aos casos concretos, também tem como critério uma perspectiva conexas, a saber: o modo como se solucionam as colisões e os conflitos que são implicados a partir das noções dos princípios enquanto mandamentos de otimização, e das regras enquanto mandamentos definitivos.

A colisão de princípios e o conflito de regras convergem no sentido de que ambos apontam para duas normas que demandam condutas ou estados de coisas incompatíveis entre si, ou seja, apontam para duas normas que demandam, na ocorrência das hipóteses previstas em sua estrutura, conseqüências jurídicas mutuamente incompatíveis. Um conflito entre duas regras somente pode ser resolvido ou declarando pelo menos uma das regras como inválida (expurgando-a, assim, do ordenamento jurídico), ou inserindo uma cláusula de exceção em uma delas. Caso não seja possível inserir uma cláusula de exceção em uma das regras, e haja um problema em decidir qual das regras deve ser declarada inválida, pode-se fazer uso de

³⁷ Essa idéia é criticável porque, pelo menos do ponto de vista prático, um princípio está quase sempre em relação com outros princípios, ou seja, o grau de satisfação de um certo princípio quase sempre depende do grau de não-importância em satisfazer outros princípios. Assim, a realização de um certo princípio parece quase sempre ser limitada pela realização de outros princípios, no caso concreto. Isso torna a possibilidade dos princípios enquanto mandamentos de maximização pouco relevante do ponto de vista prático, mas não impossível no plano teórico.

³⁸ Essa última situação pode ser lida, na teoria de Alexy, como uma situação *ideal* dentro das possibilidades jurídicas. Caso a realização de um princípio P1, no caso concreto, não seja restringida por nenhum outro princípio P2, P1 não encontra *limites jurídicos* para a sua realização, fato que faz com que a realização de P1 só seja restringida na dimensão *fática*. A situação *mais ideal* é quando P1 não encontra nem limites jurídicos (i.e. nenhum princípio restringe a sua realização), nem limites fáticos para a sua realização. Nessa situação *mais ideal*, o conceito de princípio enquanto *mandamento de otimização* se converte em um conceito completo de princípio enquanto *mandamento de maximização*.

critérios como “*lex posterior derogat legi priori*”, ou “*lex specialis derogat legi generali*”, ou “*lex superior derogat legi inferiori*” para resolver o conflito. Esse modo típico de solucionar os conflitos de regras guarda uma relação direta com a estrutura das regras enquanto mandamentos definitivos. Isso porque as regras são aplicadas mediante *subsunção*, ou seja, se a regra é válida e os supostos de fato que nela se subsumem ocorrem, então a consequência jurídica que tal regra demanda é válida, ou seja, *deve ser aplicada*. Se a regra não é válida, então a sua consequência jurídica também não o é, ou seja, *não deve ser aplicada*.

Por sua vez, uma colisão de princípios é solucionada de modo inteiramente distinto do conflito de regras. De acordo com Alexy, uma colisão de princípios é solucionada mediante *ponderação*. Quando dois princípios colidem em um caso concreto, não é possível solucionar essa colisão declarando um dos princípios como inválido (e, portanto, eliminando-o do ordenamento jurídico), ou inserindo uma cláusula de exceção em um deles. O que acontece é que, em face de determinadas circunstâncias concretas, um princípio tem um grau de importância maior em ser satisfeito do que o outro, fato esse que não impede, como já notou Dworkin, que, mudadas as circunstâncias concretas, a situação se inverta. O que há, precisamente, é uma *relação de precedência condicionada* entre um princípio P_i e um princípio P_j que pode ser assim representada: $(P_i \mathbf{P} P_j)C$ ou $(P_j \mathbf{P} P_i)C$ ³⁹. Essa simbologia deve sempre ser lida da seguinte forma: P_i prevalece sobre P_j diante das condições C ⁴⁰. É ainda possível conceber uma *relação de precedência incondicionada* entre um princípio P_i e um princípio P_j que se representa assim: $(P_i \mathbf{P} P_j)$ ou $(P_j \mathbf{P} P_i)$. Aqui, não há uma colisão concreta entre os dois princípios, mas apenas uma relação de precedência *prima facie*, razão pela qual, na teoria de Alexy, é possível se referir a princípios como sendo deveres *prima facie*. Quando um princípio P_i prevalece *prima facie* sobre um outro princípio P_j , isso se traduz na idéia de que, em face das circunstâncias concretas, o ônus argumentativo para justificar a realização de P_j em detrimento de P_i é maior do que o ônus argumentativo para justificar a relação inversa, ou seja, para justificar a realização de P_i em detrimento de P_j . Cabe ainda notar que a colisão de princípios, conforme Alexy, é solucionada, em concreto, por uma regra de precedência condicionada que se pode formular mediante a seguinte lei:

³⁹ Cf. ALEXY, Robert (2002): pp.50-4.

⁴⁰ Ou, obviamente, no caso de $(P_j \mathbf{P} P_i)C$, lê-se: P_j prevalece sobre P_i diante das condições C .

(LC) As circunstâncias sob as quais um princípio tem precedência sobre outro constituem as condições de uma regra que tem as mesmas conseqüências jurídicas do princípio precedente⁴¹.

Como se vê, Alexy evoluiu a distinção já proposta por Dworkin, e a elaborou em termos mais precisos. A distinção entre princípios e regras, seja na obra de Dworkin, seja na de Alexy, é uma distinção de caráter “forte”, pois pressupõe uma diferença de estrutura entre princípios e regras, seja ao nível de estrutura conceitual, seja ao nível de estrutura nos procedimentos que se deve performar para aplicá-los aos casos concretos. No próximo item, não procuro desenvolver exaustivamente todas as versões dos argumentos que defendem uma distinção “fraca” ou que rejeitam qualquer possibilidade de distinção entre princípios e regras, mas sim fazer uma exposição de duas das principais críticas que sustentam tais posições, e que, no geral, surgem como tentativas de refutar a distinção “forte” tal como proposta por Dworkin e, principalmente, por Alexy.

1.1.2 Respostas a duas críticas à distinção “forte”

Ocupo-me, aqui, em elucidar apenas duas das inúmeras críticas que são feitas à distinção “forte” entre princípios e regras. São duas críticas que julgo *essenciais* do ponto de vista metodológico para este estudo, pois desenvolvem posições contrárias (mas não necessariamente inconciliáveis) ao que aqui se propugna defender. São elas: (i) a primeira, que é a mais incisiva, é a de que, ao contrário do que Dworkin e Alexy defendem, algumas regras são aplicadas aos casos concretos mediante ponderação, e não de uma maneira tudo-ou-nada. Pode-se elaborar uma versão de (i) da seguinte forma: não é possível formular uma distinção entre princípios e regras como sendo duas *espécies* de normas, pois o que há são normas em sentido amplo, e a distinção que pode ser formulada apenas se baseia no fato de que essas normas em sentido amplo *podem ser usadas de diferentes maneiras no momento da aplicação*⁴². Já a objeção (ii) diz respeito mais diretamente à tese de Alexy para os princípios, e enuncia que se princípios são mandamentos de otimização, ou os princípios otimizam, ou

⁴¹ “*The circumstances under which one principle takes precedence over another constitute the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principle taking precedence.*”, ALEXY, Robert (2002): p. 54. Essa lei será aqui denominada de Lei da Colisão (LC). Ela pode ser formulada de maneira mais precisa, como se verá na parte II deste estudo, momento em que aprofundo essas noções. Por enquanto, o importante é observar que a solução de uma colisão de *princípios* é feita por uma *regra* que pode ser compreendida assim: (P₁P P₂)C ou (P₁P P₂)C.

⁴² Essa crítica é um dos elementos centrais usados por Humberto Ávila como ponto de partida para elaborar a sua teoria dos princípios. Veja: ÁVILA, Humberto B. (2007): pp. 40-64.

não otimizam, ou seja, a objeção enuncia que princípios, mesmo qualificados como normas de otimização, possuem uma estrutura semelhante à das regras no momento de aplicação (uma maneira tudo-ou-nada)⁴³.

Essas duas críticas, se confirmadas, levam a sérias dificuldades para manter a distinção entre princípios e regras, pelo menos enquanto uma distinção possível entre duas espécies de normas (a distinção “forte”). Elas apontam para uma tendência ou de tomar critérios distintivos mais flexíveis e fluidos, como aqueles que advogam uma mera diferença de grau de abstração, ou de cunho interpretativo (uma distinção, portanto, “fraca”)⁴⁴, ou de rejeitar por completo qualquer possibilidade de distinção, pois tanto princípios como regras pertenceriam indistintamente à categoria dos fenômenos deônticos (normativos), e não à categoria dos fenômenos axiológicos⁴⁵. O caminho que percorro aqui é o inverso dessas tendências. Sustento que, apesar de ambos se qualificarem deonticamente, há sim diferenças relevantes entre os fenômenos deônticos consubstanciados em normas que são princípios e em normas que são regras. E essas diferenças, sobretudo para os fins deste estudo, são essenciais para defender a posição de que os princípios enquanto *mandamentos de otimização* oferece uma saída teoricamente válida para desenvolver a tese da proporcionalidade como método racional. Dessa forma, procuro agora refutá-las completamente, tomando por base uma (re-)leitura da teoria de Alexy.

Quanto a (i), regras nunca são aplicadas *diretamente* via ponderação, mas o podem ser *indiretamente*. Existe um fato óbvio de que, em um conflito de regras no caso concreto, podem ser tomadas várias razões (inclusive princípios) para justificar a inserção de uma certa cláusula de exceção, ou para justificar a escolha de uma determinada regra em detrimento de outra (i.e., para justificar a invalidade de uma das regras). De outra parte, uma regra pode ter seu grau de satisfação limitado por um princípio, e, assim, uma regra pode ser aplicada *apenas parcialmente*. O contrário também pode acontecer, ou seja, um princípio pode ter seu grau de satisfação restringido pela importância da satisfação de uma certa regra. Essas constatações em nada alteram o modo como os conflitos de regras e as colisões entre princípios são solucionados. Com efeito, ambos os procedimentos permanecem sendo estruturalmente distintos. Assim, regras sempre ou são cumpridas, ou não são cumpridas, e

⁴³ Uma formulação da objeção (ii) pode ser encontrada, por exemplo, em Aarnio. Confira: AARNIO, Aulis. (1990): pp. 180-92.

⁴⁴ Para uma crítica da distinção “forte” entre princípios e regras confira, por exemplo: COMANDUCCI, Paolo (1998): pp. 89-104. Parte das críticas feitas por Comanducci são aceitas aqui, mas não da forma como esse autor as tomou, ou seja, refutando a distinção “forte”. Isso ficará mais claro nos itens subseqüentes, quando faço algumas breves modificações no modelo da distinção “forte” para ajustá-la a este trabalho.

⁴⁵ Cf. AARNIO, Aulis (1990): p. 185.

não podem ser aplicadas *diretamente* via ponderação. O que pode ocorrer é que as regras, em certas circunstâncias, sejam aplicadas *indiretamente* mediante ponderação, porque podem ter o seu grau de satisfação limitado pelo grau de importância em satisfazer algum princípio. Na teoria de Alexy, essas possibilidades podem ser elaboradas com mais rigor, a saber⁴⁶:

(a) Nada impede que uma regra R limite a satisfação de um certo princípio P_i , e vice-versa. Isso porque há duas maneiras de aplicar uma regra R limitadora do princípio P_i :

(a.1) R pode ser aplicada estritamente, ou seja, a sua aplicação estrita é justificada por uma regra *de validade* (R_v) que enuncia que R precede *incondicionalmente* o princípio P_i , ou, mais claramente, que R tem precedência sobre P_i independentemente do grau de importância em satisfazer P_i , ou do grau de não-importância de R ⁴⁷. Isso pode ser representado mais sucintamente da seguinte forma: $R_v(RPP_i)$;

(a.2) R não pode ser aplicada estritamente, ou seja, R , que tem como *razão* (ou *justificativa*)⁴⁸ um princípio P_j , tem a sua satisfação limitada por P_i . Surge, daí, uma colisão entre P_i e P_jR . É possível, na teoria de Alexy, imaginar que, em vez de uma regra de validade, surja um princípio de validade (P_v), que, em vez de comandar, como R_v , que R precede incondicionalmente P_i , comande que em certas circunstâncias P_i preceda (tenha preferência sobre) e limite a satisfação de R . Essa relação, tal qual disposta, seria assim representada: $P_v((P_iP_jR)C)$. A função de P_v seria nula se P_v apenas suscitasse a relação entre P_i e P_jR (tal como expresso acima). P_v , no entanto, deve ser tomado como um princípio formal (conforme nota de rodapé no. 48) e, assim, serve de *razão* para *regras*, o que criaria um ônus argumentativo para justificar a precedência de P_i em relação a P_jR , ou seja, a importância de satisfazer P_i teria de pesar mais do que o grau de não-satisfação de P_jR juntamente com o de P_v . Em outros termos, P_jR , em virtude de P_v , teria uma precedência *prima facie* com relação a P_i ⁴⁹;

⁴⁶ Essa leitura mais rigorosa Alexy dispôs em uma nota de rodapé na versão inglesa da TDF. Confira:

⁴⁷ Essa posição é muito comum para aqueles que defendem conceitos positivistas de Direito, ou seja, para aqueles que defendem a tese de que um sistema jurídico é constituído *exclusivamente* por regras.

⁴⁸ P_j , necessariamente, é um princípio *substantivo* para servir de razão para R , pois, caso fosse um princípio *formal*, nada acrescentaria à relação de precedência, já que toda e qualquer regra deriva de um grupo mais ou menos definido de princípios ditos *formais*. Como exemplo de princípios *formais*, pode-se citar os princípios que se referem a procedimentos, como o princípio democrático. Como exemplo de princípios *substantivos*, pode-se citar os princípios que são 'de conteúdo', como o princípio da privacidade, da preservação da intimidade etc.

⁴⁹ Para a relação de precedência *prima facie* (e, portanto, *incondicionada*): $P_v(P_jR)PP_i$. Para a relação de precedência *condicionada*: $[P_v(P_jR)PP_i]C$ ou $[P_iPP_v(P_jR)]C$.

Essa construção, partindo da noção relacional de precedência, permite ver claramente que a teoria de Alexy é capaz de compatibilizar a idéia de que um princípio pode ser restringido por uma regra, e uma regra também pode ser restringida por um princípio, razão pela qual *regras podem ser aplicadas via ponderação, mas apenas indiretamente, através da inserção de um princípio formal de validade (P_v) na relação de precedência*. Essa ponderação indireta para aplicar regras aos casos concretos se refere, na verdade, a uma *colisão de princípios*, em que um deles necessariamente é um princípio *substantivo* que serve de justificativa ‘de conteúdo’ (P_j) para a regra R . Nessa estrutura, é possível ver que razões sempre vão ter um grande peso no momento da aplicação, seja de princípios, seja de regras aos casos concretos. Isso apenas traduz a tese genérica de que a aplicação do Direito nunca é realizada irrefletidamente, ou seja, sem levar em consideração razões contra e a favor à aplicação de uma regra ou de um princípio a um determinado caso concreto. O que importa relevar neste momento é que esse grande peso das razões enquanto justificativas da relação de precedência seja de um princípio sobre outro, seja de uma regra sobre um princípio, seja de um princípio sobre uma regra, não invalida, nem altera, a meu ver, os pontos centrais elaborados por Alexy em sua teoria dos princípios, e, portanto, refuta convenientemente a objeção apontada em (i).

Quanto à objeção (ii), ou seja, quanto à objeção de que princípios, enquanto mandamentos de otimização, possuem uma estrutura similar à das regras, pois ou otimizam, ou não otimizam, é importante introduzir uma distinção entre *comandos para otimizar* e *comandos para serem otimizados*⁵⁰. Isso porque constatar no conceito de princípios enquanto mandamentos de otimização o conceito de *comandos para otimizar*, não implica necessariamente a falha interna da tese de que princípios são normas que demandam que algo seja realizado na maior medida dentro do que é fática e juridicamente possível. Poder-se-ia argumentar que os princípios, em sendo comandos para otimizar, tornam *obrigatório* o resultado *ótimo*, e, então, tornam aceitável o argumento de que somente esse resultado *ótimo* seria *devido*. É precisamente por isso que se torna plausível, à primeira vista, o argumento de que princípios, no final das contas, acabam por ter uma estrutura idêntica à das regras.

Existe, no entanto, uma diferença sutil, mas muito relevante, entre *comandos para otimizar* e *comandos para serem otimizados*. Com efeito, os comandos para serem otimizados são os princípios quando tomados como objeto de sopesamento. Só se otimiza um princípio,

⁵⁰ Essa distinção foi admitida por Alexy para responder à crítica elaborada em (ii). Uma versão completa do argumento de Alexy pode ser encontrada em ALEXY, Robert (2000): pp. 294-304.

quando esse princípio colide com um outro princípio, ou seja, só faz sentido falar em *comandos para serem otimizados* em uma situação concreta de colisão em que um princípio limita a realização de outro. E é precisamente essa limitação que justifica a necessidade da otimização. Dessa forma, os comandos para serem otimizados representam princípios enquanto *deveres ideais*, isto é, enquanto comandos para atingir estados de coisas ideais, e que devem ser concretizados na maior medida possível (quando convertidos em *deveres reais*). De outra parte, os *comandos para otimizar* não se situam no nível dos princípios enquanto objetos de sopesamento (enquanto princípios na iminência de serem otimizados), mas sim num meta-nível dos princípios que têm como seu objeto de comando os próprios *comandos para serem otimizados*, ou seja, dos princípios que demandam que os *comandos para serem otimizados* sejam realizados na maior medida possível. Os comandos para otimizar, portanto, são satisfeitos não pela exigência de serem eles próprios otimizados, mas sim pela exigência de otimização dos comandos por eles comandados⁵¹.

Essa distinção permite ver claramente que é possível admitir, dependendo da necessidade, duas classes de princípios que não diferem em sua estrutura lógica, mas sim no *tipo de conteúdo que é comandado*. Enquanto nos comandos para serem otimizados o conteúdo é um estado de coisas ideal, que deve ser realizado concretamente em sua máxima medida possível, nos comandos para otimizar o conteúdo é o próprio comando cujo conteúdo é um estado ideal de coisas a ser perseguido. A objeção (ii), de que os princípios teriam uma estrutura idêntica à das regras, não procede, pois princípios *nunca ou são otimizados ou não são otimizados*, já que é admissível, no plano teórico, a *otimização de dever ser otimizado*, ou melhor, é admissível o dever de otimizar a *realização (no plano concreto) de um conteúdo ideal que deve ser otimizado (no plano ideal)*.

1.2 Um breve esboço do modelo conceitual de “norma (jurídica)” enquanto ato de fala (*speech act*)

No presente item, procedo, conforme já adverti na Introdução, à brevíssima elaboração de um modelo conceitual de norma (jurídica) enquanto ato de fala (*speech act*), numa tentativa de dar um tratamento mais sistemático aos argumentos que foram discutidos sobre a

⁵¹ Alexy escreve que “...as optimization commands they are not to be optimized but to be fulfilled by optimization” (ALEXY, Robert (2000): pp. 294 e ss). Essa distinção é, inclusive, muito interessante para esse trabalho, pois a proporcionalidade se situa nesse meta-nível, pois não inclui em sua estrutura normas “de conteúdo”, mas sim normas “de procedimento”. Nesse sentido, as regras que se manifestam pela proporcionalidade podem ter como razão (ou justificativa) algum princípio que tenha como característica central ser um *comando para otimizar comandos*.

distinção entre princípios e regras. São duas as perguntas centrais desta seção: (i) como acomodar a distinção entre princípios e regras em ‘ $F(p)$ ’ (= força ilocucionária + conteúdo proposicional)?; e (ii) entre princípios e regras há uma diferença ontológica ou epistemológica? Como se verá, nenhuma dessas questões terá como resposta algo taxativo, no sentido de admitir que a distinção entre princípios e regras pode ser baseada em um critério puro, seja do ponto de vista ontológico, seja do ponto de vista epistemológico. O ponto central que a teoria dos atos de fala oferece, para este trabalho, é que é possível conciliar, dentro de um modelo pretensamente ontológico, o nível epistemológico dos fenômenos lingüísticos (daquilo que é observado na prática lingüística), no sentido de que qualquer modelo ontológico só faz sentido se concebido a partir da prática, e se nela se manifestar. Para tanto, em primeiro lugar, exponho os elementos constitutivos de um ato de fala (*speech act*), e traço brevemente um modelo ontológico para a norma (jurídica) baseado em tais elementos. Em segundo lugar, analiso as possibilidades de compor a distinção princípio/regra dentro desse modelo. E em último lugar, procuro argumentar que, apesar do caráter ontológico do modelo em que aqui se pretende compor a distinção princípio/regra, essa distinção só adquire um sentido completo quando manifestada em nível epistemológico (de interpretação de fenômeno). Noto ainda que essa constatação, apesar de não invalidar a distinção “forte” proposta por Alexy, oferece uma oportunidade para realizar uma reconstrução teórica importante. Isso tudo, ressalte-se mais uma vez, é feito em termos muito breves, para não desviar o foco pretendido na corrente pesquisa.

1.2.1 A “norma (jurídica)” enquanto ato de fala (*speech act*)

1.2.1.1 Os elementos constitutivos de um ato de fala

O ponto de destaque para esta investigação é que, com a teoria dos atos de fala, que teve seu início na obra de John L. Austin⁵², e evoluiu sobretudo com as excelentes críticas elaboradas por Peter Strawson⁵³ e John Searle⁵⁴, a dimensão do “ato” (da “ação”) se tornou a dimensão central de análise dos fenômenos lingüísticos. Pode-se ver isso já na hipótese central que baseou todo o trabalho de Austin sobre os atos de fala. Com efeito, Austin procura sistematizar e refutar uma posição que, à época, havia se tornado muito comum entre os

⁵² Cf. AUSTIN, John Langshaw. *How to Do Things with Words*, 1975; e *Philosophical Papers*, 1961.

⁵³ Cf. STRAWSON, Peter. (1973): pp. 46-68.

⁵⁴ Cf. SEARLE, John. *Speech Acts*, 1969; e *Expression and Meaning*, 1979.

filósofos, a saber: a posição de reduzir a função de um “enunciado” à de “descrever algum estado de coisas”, ou à de “enunciar algum fato”. Essa noção tradicional de um enunciado remete à identificação do enunciado como sendo algo verovaleável, ou seja, como sendo algo detentor de “valor-de-verdade”⁵⁵. O que acontece é que, em dando especial ênfase a esse tipo de enunciado, negligenciou-se uma análise mais profunda das outras inúmeras funções que as expressões lingüísticas têm, sobretudo, quando usadas em situações concretas de comunicação. A função descritiva que têm os enunciados é apenas uma função dentro da imensa rede de funções que as expressões lingüísticas podem ter no momento de seu uso. A hipótese central em todo o trabalho de Austin sobre os atos de fala é a de que *dizer algo é fazer algo*, ou melhor, que *em dizendo algo ou por dizer algo estamos fazendo algo*. Considere, por exemplo, as seguintes situações:

(S.1) “Eu aceito (essa mulher como minha legítima esposa)”, proferida no curso de uma cerimônia de casamento;

(S.2) “Eu nomeio esse navio de Rainha Elizabeth”, quando proferida numa situação de batismo de um navio;

De acordo com Austin, tanto (S.1) como (S.2) servem para comprovar pelo menos duas hipóteses: (i) a de que há certas proferições de palavras (ou sentenças) que não “descrevem” ou “informam” coisa alguma e, portanto, que não são proferições de enunciados verovaleáveis; e (ii) a de que o ato de proferir uma sentença, neste tipo de proferição, é, no todo ou pelo menos em parte, a realização de uma ação que é normalmente descrita apenas como “dizer algo”⁵⁶. Esses exemplos deixam claro que proferir certas sentenças sob determinadas condições não é *descrever* aquilo que eu faço quando profiro o que estou fazendo, ou não é *enunciar* que eu estou fazendo. É, simplesmente, *fazer algo*. Em outros termos, um *falante*, ao dizer palavras para alguém (um *ouvinte*) sob determinadas *condições*, faz algo mais do que meramente dizê-las, ele *performa uma ação*. Dessas brevíssimas observações, já é possível identificar alguns elementos importantes para a análise da estrutura

⁵⁵ A “verovaleabilidade” de um enunciado pode ser entendida como sendo o conjunto de condições que, em ocorrendo, torna possível a valoração de um enunciado como verdadeiro ou falso. Emprego o termo “verovaleável”, como uma tentativa de converter a idéia do termo em inglês “*truth-evaluable*” para o português, já que não temos, em nosso idioma, nenhuma expressão que deixe claro a idéia da verovaleabilidade. Alguns usam o termo “valor-de-verdade” hifenizado para designar essa idéia. Essa não é, no entanto, a minha opção.

⁵⁶ (S.1) e (S.2) ilustram situações que mereceriam uma análise mais detida, pois apresentam peculiaridades muito interessantes para raciocinar sobre os atos de fala. Essa análise, porém, não será feita aqui.

de um ato de fala, a saber: o falante (F), o ouvinte (O), o ato lingüístico⁵⁷ (= performance de uma ação) e as condições de satisfação⁵⁸ desse ato.

Não é objeto deste trabalho proceder a uma análise mais detida de todos esses elementos identificadores de um ato de fala. O que é de particular interesse aqui é a subdivisão que existe dentro da dimensão do *ato lingüístico*. À primeira vista, Austin identifica pelo menos três atos que são performados quando se está dizendo algo, a saber:

(a) o ato de proferir certos barulhos (um *ato 'fonético'*);

(b) o ato de proferir certos vocábulos ou palavras, i.e., barulhos de certos tipos pertencendo a (ou como pertencendo a) um certo vocabulário, numa certa construção, i.e., em conformidade com uma certa gramática, com uma certa entonação etc. (um *ato 'fático'*);

(c) o ato de usar (a) ou seus elementos constituintes com um certo 'sentido' mais ou menos definido e com uma 'referência' mais ou menos definida (que tomados em conjunto equivalem ao que Austin denomina de 'significado'). (um *ato 'rético'*);

Essa tripartição proposta é logo depois reajustada pelo próprio Austin, e uma nova divisão é introduzida: (i) *ato locucionário*, que é equivalente à proferição de uma certa sentença com um certo sentido e referência, que é equivalente ao 'significado' no sentido tradicional; (ii) *ato ilocucionário*, proferição que tem uma certa força (convencional); e,

⁵⁷ Faço uso aqui das expressões “ato lingüístico”, “ato de fala” e “ação lingüística” sem qualquer preocupação com distinções terminológicas que, em outros contextos que não o da presente pesquisa, poderiam ser muito relevantes.

⁵⁸ Austin se refere ao que aqui denomino de “condições de satisfação” como “condições de felicidade/infelicidade” de um ato de fala. São as condições que devem ocorrer para que ocorra uma comunicação bem sucedida através da proferição de um ato de fala. Austin, por exemplo, identifica preliminarmente seis condições: (A.1) deve existir um procedimento convencional aceito que gere um certo efeito convencional. Esse procedimento inclui a proferição de certas palavras por certas pessoas em certas circunstâncias; (A.2) as pessoas e as circunstâncias concretas de um caso dado devem ser apropriadas para a validade do procedimento invocado em cada situação particular (no caso de (S.1), por exemplo, a sentença referida não poderia ser proferida por um padre); (B.1) o procedimento deve ser executado por todos os participantes corretamente e (B.2) completamente; (R.1) quando o procedimento é designado para o uso por pessoas que tenham certos pensamentos ou sentimentos, ou para a constituição de um certo padrão de conduta para os participantes da situação comunicativa, então uma pessoa participando no procedimento, - seja como *agente* (falante), seja como *ouvinte* ou terceiro -, deve, de fato, ter tais pensamentos ou sentimentos, e os participantes devem *realmente* pretender se conduzirem de acordo com o padrão estabelecido (condição de sinceridade), e, ainda, (R.2) devem realmente assim se conduzirem ulteriormente. Essas condições, como o próprio Austin nota, não são exaustivas, e podem ser, inclusive, aprimoradas. Searle procura dar maior precisão a essas condições em vários momentos de sua obra. Não é pertinente discutir essas condições de satisfação de um ato de fala neste trabalho. Para um aprofundamento no tema, veja: AUSTIN, John L. (1975): pp. 25 e seguintes; e SEARLE, John (1969): pp. 57 e ss.

finalmente, (iii) *ato perlocucionário*, que é performado através da dicção de algo, e que se caracteriza pelos efeitos que provoca nos ouvintes ou em terceiros relacionados com a situação comunicativa. Em outras palavras, o *ato locucionário* é o ato que inclui os atos da primeira tripartição, ou seja, os atos *fonético*, *fático*, e *rético*⁵⁹; o *ato ilocucionário* é o ato que tem uma certa *força (intenção)* quando se diz algo; e o *ato perlocucionário* é o ato que se traduz na *realização de certos efeitos* por dizer algo.

Essa última divisão proposta por Austin foi severamente criticada, entre outros motivos, por ser muito imprecisa e por não dar conta da complexidade total que é um ato de fala dentro de um contexto comunicativo. Austin, por exemplo, não conseguiu esclarecer a distinção que existe entre um ato ilocucionário e um ato perlocucionário, no sentido de que não deixou claro que tipo de efeitos um ato perlocucionário produz e que já não são produzidos com a performance de um ato ilocucionário⁶⁰. A distinção que ainda poderia ser sustentada, e mesmo assim com muitas incertezas, é a que existe entre *atos ilocucionários* e *atos locucionários*. Aqui, adoto uma das críticas feitas por Searle a essa última distinção. O ponto-chave da crítica é dar conta da diferença entre aquilo que *o falante significa através da proferição de uma sentença* e aquilo que a *sentença significa literalmente*. Para preservar essa distinção básica e inquestionável entre o significado do falante e o significado literal da sentença, Searle afirma que

...há uma distinção adicional entre aquilo que um falante significa pela proferição de uma sentença e aquilo que a sentença significa literalmente, mas que aquela distinção [entre atos locucionários e ilocucionários] não preserva uma distinção *genérica* entre significado locucionário e força ilocucionária, pois o significado locucionário de sentenças sempre contém alguma força ilocucionária em potencial, e o significado locucionário de proferições determina (ao menos algumas) forças ilocucionárias de proferições. (tradução livre)⁶¹

⁵⁹ É criticável a classificação do ato rético dentro do ato locucionário, pois é possível até que, por exemplo, esteja claro o ato ilocucionário (p.ex., uma ordem, a força ilocucionária) mas não o destinatário dele (no caso, uma ordem é feita, mas continua vago para quem esta ordem é dirigida, ou seja, a sua referência). Parece inclusive ser possível descrever o ato rético como um ato mais ou menos próximo de uma ilocução.

⁶⁰ Austin não deixou de notar essa dificuldade. Ele, inclusive, tentou oferecer algum esclarecimento acerca dessa distinção. Defendeu que o ato ilocucionário está conectado com a produção de efeitos (conseqüências) em alguns sentidos que diferem do tipo de efeitos que se vinculam (que são característicos) aos atos perlocucionários, a saber: (i) a menos que um certo efeito tenha sido alcançado, o ato ilocucionário não terá sido feliz, performado com sucesso. Geralmente, o efeito se relaciona com a realização do entendimento do significado e da força da locução (a performance de um ato ilocucionário envolve a segurança de *compreensão*); (ii) muitos atos ilocucionários invocam por convenção uma resposta ou um resultado (uma ordem invoca a resposta de obediência, e uma promessa o de comprometimento). Essa tentativa, no entanto, não foi bem sucedida, pois Austin toma os efeitos decorrentes da performance de um ato ilocucionário de maneira muito restrita.

⁶¹ “...and furthermore there is an additional distinction between what a speaker means by the utterance of a sentence and what that sentence means literally, but that distinction will not preserve a general distinction between locutionary meaning and illocutionary force, since the locutionary meaning of sentences always contains some illocutionary force-potential, and hence the locutionary meaning of utterances determines (at least some) illocutionary force of utterances”. Cf. SEARLE, John (1973): pp. 150 e seguintes.

Com essa crítica, Searle consegue alcançar o ponto central do ato de fala enquanto uma unidade do discurso. As diferenças existentes, na verdade, são diferenças que podem ser bem acomodadas ou ao nível da *força ilocucionária* ou ao nível daquilo que pode ser chamado de *conteúdo proposicional*⁶². Dessa forma, é possível reconhecer dois componentes (indicadores) na estrutura de um ato de fala:

ATO DE FALA_{def.} = $F(p)$ (= indicador de força ilocucionária + indicador de conteúdo proposicional).

Enquanto que os valores que são atribuídos à variável F determinam as diversas forças ilocucionárias, os valores que preenchem ' p ' designam proposições possíveis (um conjunto potencialmente infinito delas)⁶³. A título exemplificativo, considere as seguintes sentenças sendo proferidas:

(S.a) Eu *prometo* que *saio da sala assim que terminar a aula*;

(S.b) Eu *ordeno* que *você saia da sala*;

(S.c) Eu *declaro* *aberta a reunião*.

A primeira parte delas, isto é, a parte “Eu *prometo*”, “Eu *ordeno*” e “Eu *declaro*” é a que designa a chamada força ilocucionária (F), ou seja, é a parte que fornece um *indicador* da intenção com a qual a sentença é proferida em uma situação comunicativa concreta; e a segunda parte, a parte do “que *saio da sala assim que terminar a aula*”, “que *você saia da sala*”, e “*aberta a reunião*”, designam conteúdos proposicionais “ (p) ” (componentes que têm como função de destaque a *representação*). Em (S.a), o falante se compromete a (se investe da obrigação de) sair da sala assim que terminada a aula. Em (S.b), o falante pretende que, com a proferição de sua ordem, a pessoa designada pelo indexical “*você*” cumpra tal ordem, e

⁶² Em outra parte de seu texto, Searle afirma que é possível extrair da distinção prévia de Austin entre atos locucionários e ilocucionários, três distinções relevantes: (1) a distinção entre um certo aspecto de tentar e bem suceder na performance de um ato ilocucionário; (2) a distinção entre o significado literal da sentença e aquilo que o falante significa (através da força ilocucionária) quando ele a profere; e (3) a distinção entre atos proposicionais e atos ilocucionários. Veja: SEARLE, John (1973): p. 157.

⁶³ É importante notar que nem todos os atos ilocucionários se adequam a esse modelo, pois algumas vezes a variável ' (p) ' do conteúdo proposicional funciona como se fosse uma outra variável ' (x) ', onde “ x ” designa expressões referenciais, como em “*Viva o Vozão!*”. Apesar dessa pequena deficiência, o modelo $F(p)$ é tomado aqui como pressuposto adequado de análise.

saia da sala. Em (S.c), o falante, ao declarar aberta a reunião, *constitui um certo de estado de coisas*, que não estava constituído antes da sua proferição.

Aqui é ainda de muita relevância identificar uma distinção entre dois estados em que podem se encontrar tanto a força ilocucionária, como o conteúdo proposicional: um estado *ativo* e um estado *potencial*. Em (S.a), por exemplo, a força ilocucionária se encontra *ativa* e o conteúdo proposicional se encontra em estado *potencial*, pois a conduta prometida ainda não foi performada concretamente; em (S.b), o conteúdo proposicional também se encontra em estado potencial, e pode ou não ser ativado com a força ilocucionária; em (S.c), o conteúdo proposicional é ativado com a força ilocucionária declarativa. Só é possível conceber a força ilocucionária em seu estado potencial a partir de uma abstração, pois, como a força ilocucionária se torna acessível somente a partir da performance de um certo ato lingüístico, ela sempre se encontra em estado ativo. Com efeito, a única situação em que uma força ilocucionária não está ativa parece ser quando ela deriva da performance de uma outra força ilocucionária, quando, por exemplo, para expulsar alguma pessoa inconveniente de minha casa, eu, em vez de proferir uma ordem, profiro a sentença “Está tarde, e amanhã tenho muito o que fazer”, com a esperança de que a partir dessa proferição tal pessoa, inferencialmente, conclua que *deve sair da minha casa*⁶⁴. De qualquer forma, mesmo assim, é teoricamente útil, para os fins desta investigação, admitir a noção do estado potencial da força ilocucionária como uma ferramenta de análise. Essa estratégia não é falha, pois está claro no modelo ontológico exposto em $F(p)$, que ele só adquire um sentido completo quando da performance de um ato de fala numa situação comunicativa concreta, ou seja, a perspectiva epistemológica de uma ação lingüística enquanto fenômeno sempre antecede à perspectiva ontológica trazida em $F(p)$, e essa perspectiva ontológica só faz sentido enquanto uma tentativa de compreender o fenômeno lingüístico que ocorre na perspectiva epistemológica.

1.2.1.2 Introduzindo a ferramenta de análise: o conceito de “norma” articulado em $F(p)$

Como se disse no item anterior, a única dimensão do ato de fala que interessa neste trabalho é a do ato lingüístico representado em $F(p)$. O conceito de “norma”, definido a partir desse pressuposto, guarda uma relação muito próxima com o conceito de “ato normativo”. Com efeito, uma “norma” é aquilo que se comunica quando se performa um ato normativo.

⁶⁴ Esse fenômeno foi estudado com uma profundidade especial sob o nome de “implicaturas conversacionais” pelo filósofo americano Paul Grice. É preciso, para que se estabeleça uma comunicação, um nível mínimo de *cooperação racional*. Para conferir o trabalho de Grice, imprescindível é a leitura de: GRICE, Paul (1989). *Studies in the Way of Words*. Cambridge: Harvard University Press.

Disso já se pode inferir que a “norma” não se confunde nem com o ato que a comunica, nem com o enunciado através do qual ela pode ser expressa. Esse último ponto pode ser claramente visto no seguinte exemplo:

- Enunciado Normativo 1: *É proibido fumar;*

- Enunciado Normativo 2:  ;

Tanto EN1, como EN2 representam a mesma *norma*. A única diferença é no *modo de representação*. Outro exemplo idêntico a esse é imaginar a Constituição Federal Brasileira traduzida em idiomas distintos do português, como em japonês e em árabe. Com os três textos na mão, torna-se pertinente a pergunta: qual texto representa a CF? A resposta, obviamente, seria: os três textos representam a CF, pois eles são apenas traduções do texto original. Ora, se se admite a existência de textos distintos para expressar a CF, e se, por isso, tais textos são considerados *meras representações* do que a CF *expressa*, então o *conjunto de normas* que é designado mediante o nome “Constituição Federal Brasileira” não se confunde com nenhum dos textos, nem mesmo com o texto original (em português), embora com eles guarde diversas relações⁶⁵. Dessas observações, conclui-se, portanto, que é possível expressar uma *norma* através de diferentes *enunciados*.

⁶⁵ É possível ver como um texto T e uma norma N se relacionam a partir de uma análise lógica. Primeiro, se se toma a distinção entre *norma* e *texto* como uma distinção de ordem ontológica, não se pode *nunca*, - ou, pelo menos, *quase nunca* -, estabelecer uma relação de correspondência biunívoca entre um texto T e uma norma N, seja porque T dificilmente fornece somente a norma N como produto de sua interpretação (de um mesmo texto T se extraem, muito geralmente, várias normas distintas), seja porque, em sendo norma e texto entidades *ontologicamente* distintas (i.e., entidades que provêm de naturezas diferentes), é impossível construir alguma relação *direta* entre algo que se refere diretamente a uma *atitude mental* (a norma) e outro algo que constitui um *objeto* (o texto), apesar de esse objeto ser produto da performance de atos lingüísticos que pretendem comunicar normas, ou seja, produto direto de atos normativos de um corpo legislativo, e não de atos interpretativos. Precisamente, o termo “norma” se identifica mais com expressões como *atitude proposicional*, *atitude mental*, *ato de pensamento*, e o termo “texto” se refere a um *objeto* que é *produto* de uma rede muito complexa de atos comunicativos. E são esses *atos comunicativos* (consubstanciados em *ações lingüísticas*) que têm como seu objeto *atitudes proposicionais*, i.e., *normas*. Eis aí uma relação *indireta* entre texto e norma que pode ser assim representada: Texto(Atos Comunicativos (Normas)). Um texto legislativo, portanto, é resultado da performance de ações lingüísticas que comunicam normas, ou melhor, a relação entre texto e norma é uma relação indireta que é mediada pela performance de ações lingüísticas. Daí a necessidade de trazer tais ações para o centro de análise, seja da *norma jurídica*, seja do *texto legislativo*. Textos se situam, nesse esquema teórico, no nível dos *meta-objetos*, enquanto normas se situam no nível dos *objetos propriamente ditos*.

Apesar de tais complicações, não se nega que norma e texto guardam diversas relações entre si, a saber:

(i) A primeira possível relação norma/texto é, também, talvez a mais óbvia. De um texto T não (ou dificilmente) se extrai somente uma norma N, mas sim uma multiplicidade de normas (N1, N2, N3 etc.) que, dependendo da ocasião, podem estar ou dissociadas entre si, ou conjuntamente associadas em T, caso esse em que cada uma das normas associadas geralmente corresponde a apenas um fragmento de T (e.g., Art. 383 do Código Civil

Por sua vez, um ato normativo, enquanto ação lingüística que comunica uma norma, pode ser tomado como um dos inúmeros atos lingüísticos que podem ser performados a partir de uma força ilocucionária e de um conteúdo proposicional. A característica definidora de um ato normativo é a de ser dotado de uma força ilocucionária *prescritiva*, ou, nos termos usados por Searle, de uma força ilocucionária que tem uma direção de ajuste palavra-mundo, pois pretende que o mundo se adeque ao conteúdo das palavras, e não o inverso. Quanto ao conteúdo proposicional '(p)', o ato normativo, em geral, ou prescreve uma conduta para ser seguida, ou um estado de coisas a ser perseguido⁶⁶. É exemplo de um ato normativo a situação indicada em (S.b), quando o falante dá uma ordem ao ouvinte para que este saia da sala⁶⁷.

É suficiente aqui, a despeito de toda a complexidade teórica do tema, definir o ato de fala normativo da seguinte maneira:

ATO DE FALA NORMATIVO_{def.} = Força Ilocucionária *Prescritiva* + Conteúdo Proposicional (= conduta a ser seguida/estado de coisas a ser perseguido).

Brasileiro: “A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação...” – EN1: “A confusão operada na pessoa do *credor*”; EN2: “A confusão operada na pessoa do *devedor solidário*”;

(ii) A segunda possibilidade é a de que a partir de dois textos distintos (T1 e T2) ou se extrai a mesma norma N (caso em que T1 e T2 são *normativamente idênticos*), ou se extrai apenas algumas normas comuns (e.g., de T1 se extrai as normas N1, N2 e N3; e de T2 se extrai N1, N3 e N4; N1 e N3 são normas comuns). Ressalta-se que esse último caso, o de T1 e T2 serem apenas *parcialmente idênticos*, é talvez o mais corriqueiro na práxis jurídica;

(iii) Há também casos em que de um texto T1 não é possível se extrair norma alguma, seja porque T1 expressa algo distinto de enunciados prescritivos (como nas normas ditas constitutivas, como em “Brasília é a capital do Brasil”), seja porque T1, por si só, é incompleto para expressar qualquer norma, devendo, nessa situação, ser associado a outros textos (T2, T3 etc.), para que de tais textos associados conjuntamente (T1+T2+T3...) possam ser extraídas uma ou mais normas;

(iv) A última relação lógica possível entre norma e texto é a de que pode existir norma sem texto. Isso é, de certa forma, óbvio, pelo que aqui já foi dito. A norma está mais próxima dos *atos normativos*, do que dos *resultados desses atos*; e o texto está mais próximo dos *resultados de atos normativos*, do que desses *atos propriamente ditos*.

A relação norma/texto, apesar de ser objeto de discussões essenciais em sede de Teoria do Direito, não merece maior atenção neste estudo. Aqui fica em aberto a questão de em que medida atos interpretativos, ou seja, atos de interpretação de textos podem ser qualificados como atos normativos (i.e., como atos que comunicam normas). Essa questão é essencial, por exemplo, para o desenvolvimento de um modelo adequado de Estado de Direito, que não mais se baseie tão profundamente no dogma da separação dos poderes. Fica o registro.

⁶⁶ Outras características definidoras de um ato normativo poderiam ser levadas em consideração, como aquelas que dizem respeito ao sujeito que performa o ato (no caso de *normas jurídicas*, esse sujeito, em geral, é um corpo legislativo), ou às condições de satisfação (no caso de *normas jurídicas*, a exigência de adequação a um certo procedimento previamente definido em lei). É possível, inclusive, construir algumas distinções posteriores no próprio conteúdo proposicional de atos normativos, como aquela que versa sobre uma conduta direcionada a uma pessoa ou a um grupo de pessoas diretamente referidos, ou direcionada genericamente a todos os seres humanos. Não é preciso levar em consideração essas possibilidades aqui.

⁶⁷ Nesse caso, por exemplo, uma das condições de satisfação (ou seja, uma das condições para que a ordem seja cumprida) seria a de o falante estar em uma certa relação de autoridade para com o ouvinte (e.g., quando o falante é um professor, ou é o pai do ouvinte), e que o falante tenha razões para performar tal ordem (como, por exemplo, algum comportamento indecoroso em sala do aluno).

A partir dessa definição, retorno ao objeto de pesquisa, que é a distinção entre princípios e regras, e procuro compor os critérios discutidos partindo do pressuposto de análise $F(p)$.

1.2.2 Como acomodar a distinção entre princípios e regras em ' $F(p)$ ': uma solução 'de força' ou 'de representação'?

A distinção entre princípios e regras enquanto distinção entre duas espécies de normas (e, assim, enquanto duas espécies de atos lingüísticos que comunicam essas normas) pode ser composta de várias maneiras a partir de $F(p)$ ⁶⁸:

(i) Uma distinção *somente* na força ilocucionária F (uma distinção 'de força'):

1(i) F_{regra} = força ilocucionária *definitiva* ou *inflexível*;

2(i) $F_{\text{princípio}}$ = força ilocucionária *de otimização* ou *flexível*;

(ii) Uma distinção *somente* no conteúdo proposicional ' p ': (uma distinção 'de representação')

(1)(ii) uma distinção *somente* no tipo de conduta a ser seguida:

(1.1)(ii) C_{regra} menos abstrata (menos geral) do que $C_{\text{princípio}}$ (distinção 'de grau')

(2)(ii) uma distinção *somente* no tipo de estado de coisa a ser perseguido:

(2.1)(ii) $EC_{\text{princípio}}$ = estado de coisas *ideal* e EC_{regra} = estado de coisas *real*;

(2.2)(ii) $EC_{\text{princípio}}$ mais abstrato (ou mais geral) do que EC_{regra} (distinção 'de grau');

(iii) Uma distinção combinada entre distinção na força ilocucionária F e distinção no conteúdo proposicional ' p ': (uma distinção 'de força' e 'de representação')

(1)(iii) $F_{\text{regra}} + C_{\text{regra}}$ ou $EC_{\text{regra}} / F_{\text{princípio}} + C_{\text{princípio}}$ ou $EC_{\text{princípio}}$:

⁶⁸ Para abreviar, denomino de F_{regra} a força ilocucionária própria das regras, de C_{regra} o tipo de conduta a ser seguida que seria próprio das regras, e de EC_{regra} o estado de coisas a ser perseguido que seria típico das regras. As variáveis análogas que seriam próprias dos princípios são designadas mediante $X_{\text{princípio}}$. É importante ainda ressaltar que considero como possibilidade de distinção em termos de F somente a distinção entre força ilocucionária *definitiva* (que é atribuída às regras) e força ilocucionária *flexível* (que é atribuída aos princípios); e a distinção em termos de ' p ' considero ou quanto ao grau de abstração ou de generalidade (seja ao nível de C , seja ao nível de EC) ou, no caso específico do estado de coisas, quanto à distinção entre estado de coisas *real* (regras) e estado de coisas *ideal* (princípios).

(1.1)(iii) \rightarrow (1)(i) + (1.1)(ii) ou (2)(i) + (1.1)(ii):

F_{regra} (força ilocucionária *definitiva* ou *inflexível*) + C_{regra} menos abstrata do que $C_{\text{princípio}}$; ou

$F_{\text{princípio}}$ (força ilocucionária *de otimização* ou *flexível*) + C_{regra} menos abstrata do que $C_{\text{princípio}}$;

(1.2)(iii) \rightarrow (1)(i) + (2.1)(ii) ou (2)(i) + (2.1)(ii):

F_{regra} (força ilocucionária *definitiva* ou *inflexível*) + EC_{regra} (= estado de coisas *real*); ou

$F_{\text{princípio}}$ (força ilocucionária *de otimização* ou *flexível*) + $EC_{\text{princípio}}$ (= estado de coisas *ideal*);

(1.3)(iii) \rightarrow (1)(i) + (2.2)(ii) ou (2)(i) + (2.2)(ii):

F_{regra} (força ilocucionária *definitiva* ou *inflexível*) + $EC_{\text{princípio}}$ mais abstrato do que EC_{regra} ; ou

$F_{\text{princípio}}$ (força ilocucionária *de otimização* ou *flexível*) + $EC_{\text{princípio}}$ mais abstrato do que EC_{regra} .

No quadro esquemático montado, como se pode perceber, considere, quanto à força ilocucionária F , somente a possibilidade de fazer uma distinção entre a força ilocucionária *definitiva* ou *inflexível* das regras e a força ilocucionária *de otimização* ou *flexível* dos princípios. Já quanto ao conteúdo proposicional ‘ p ’, considere duas possibilidades gerais de distinção: uma entre o tipo de conduta a ser seguido, e, então, a única sub-distinção possível seria a referente ao grau de abstração ou de generalidade entre princípios e regras⁶⁹; e outra entre o estado de coisas a ser perseguido, e, então, uma sub-distinção possível seria a do grau de abstração ou de generalidade, e outra sub-distinção seria feita entre o estado de coisas *ideal* (princípios) e o estado de coisas *real* ou *definitivo* (regras). A distinção ao nível da força ilocucionária pode ser combinada com as demais distinções e sub-distinções possíveis entre tipo de conduta ou estado de coisas.

⁶⁹ Aqui não se admite a possibilidade de comandar uma conduta ideal, pois essa possibilidade para o conteúdo proposicional já se encontra contida no chamado “estado de coisas ideal”. O que se comanda, precisamente, não é uma conduta ideal, mas sim um estado de coisas ideal que pode ser satisfeito pela performance de um conjunto potencialmente infinito de condutas (seja alternada, seja conjuntamente). Por definição, o termo “conduta”, aqui, refere-se à “conduta *real*” ou “conduta *saturada*”, ou seja, conduta que tenha os seus elementos ‘de referência’ já individualizados (como o sujeito S que deve performar a ação, a própria ação indicada em um verbo, e o destinatário D a que essa ação deva se dirigir).

Esse quadro permite ver com maior sistematicidade alguns dos principais critérios distintivos entre princípios e regras no que diz respeito à sua estrutura lógica. A distinção de Alexy dos princípios enquanto mandamentos de otimização e das regras enquanto mandamentos definitivos pode ser acomodada como sendo uma distinção na força ilocucionária daquilo que é comandado. Facilmente se vê, ressalta-se, que a distinção ao nível da força ilocucionária reflete uma distinção não no tipo de condutas ou estados de coisas que são comandados, mas sim no *modo de comandar* tais condutas ou estados de coisas. Enquanto princípios possuem uma força ilocucionária *de otimização* ou *flexível*, as regras possuem uma força ilocucionária *definitiva* ou *inflexível*⁷⁰. Esse ponto é bastante interessante, porque introduz uma sub-divisão na força ilocucionária *prescritiva*, que praticamente não foi observada nos estudos de lógica deôntica até o momento⁷¹.

Uma vez adotada a posição de que princípios e regras diferem no *tipo de força ilocucionária*, resta ver se há alguma diferença relevante ao nível do conteúdo proposicional '*p*'. Ainda na teoria de Alexy, não seria qualquer *conduta* ou qualquer *estado de coisas* que pode ser comandado (de modo flexível) nos princípios. É comandado, precisamente, um *estado de coisas ideal*, que, como a própria terminologia adotada já indica, não é *possível de ser perseguido completamente no plano real*, embora nunca deva ser *completamente impossível de ser seguido (deve poder ser seguido pelo menos em parte)*. O que importa

⁷⁰ Com esse mesmo entendimento, confira o excelente texto de: GUERRA, Marcelo L. (2006): pp. 517-41. Para citar um trecho: "...na reconstrução aqui adotada de sua obra [da obra de Alexy], há, de um lado, o tipo normativo tradicional, segundo o qual, a conduta ou condutas que forem comandadas, são *comandadas de maneira absoluta, inflexível, definitiva*. Isso quer dizer que, segundo esse tipo normativo, (tradicional por qualquer razão histórica, que não cabe aqui investigar), a força ilocucionária é, convencionalmente, compreendida como sendo *rígida, definitiva* (ou com uma *intensidade ilocucionária rígida ou definitiva*): o que quer que seja comandado, o é *de forma fechada, definitiva*, de modo tal que ou a norma é considerada *cumprida*, e para o ser, todas as suas condições de satisfação devem ser integralmente atendidas (a conduta ou condutas comandadas são realizadas integralmente), ou, do contrário, a norma é considerada *não cumprida* ou *violada*. A esse tipo normativo, Alexy denomina *comando definitivo* ou, simplesmente, *regra*.(...) Há, todavia – e essa é a proposta genial de Alexy – *outro* tipo normativo, diferenciado do primeiro, precisamente, no plano daquele elemento da estrutura da norma, designado *força ilocucionária*. Segundo esse tipo normativo, uma norma comanda a realização de uma ou várias condutas quaisquer, mas as comanda não de forma *inflexível*, vale dizer, que elas ou sejam cumpridas ou sejam descumpridas, integralmente, e sim de uma forma *aberta, flexível* ou *otimizada*: a norma comanda que as condutas, quaisquer que sejam as condutas comandadas, sejam realizadas *da melhor maneira possível*. Daí dizer-se, que a norma correspondente a esse segundo tipo normativo é um comando *prima facie*. É esse segundo tipo normativo que Alexy denomina *comando de otimização* ou, mais simplesmente, *princípio*." Advirto ainda que, em nota de rodapé nesse mesmo texto, o professor Marcelo Guerra informou que o próprio Alexy, em comunicação pessoal, demonstrou-se bastante simpático para com a visão de compor a distinção princípio/regra ao nível da força ilocucionária.

⁷¹ No vocabulário de lógica deôntica, chama-se o que se denomina aqui de "força ilocucionária" de "operador deôntico". Tradicionalmente, os operadores deônticos são identificados com *O* para "é obrigatório que", *P* para "é permitido que" e *F* para "é proibido que". Todos eles podem ser designados, genericamente, sob o termo "operador deôntico". Até onde pude observar, não se tem admitido, por exemplo, uma sub-divisão dentro do operador deôntico *O* ou *F*, entre um "é obrigatório que" (ou "é proibido que") *definitivo* (o dever *absoluto* presente nas regras) e um "é obrigatório que" (ou "é proibido que") *flexível* (o dever *prima facie* presente nos princípios).

deixar claro nesta breve reconstrução da teoria de Alexy é que esse tipo especial de estados de coisas que é comandado nos princípios remete, no vocabulário aqui introduzido, a uma distinção entre princípios e regras também ao nível do *conteúdo proposicional*. Com efeito, os princípios se diferenciam das regras não só pelo caráter flexível de sua força ilocucionária, mas também por terem um conteúdo proposicional *altamente complexo*. A variável ‘(p)’ em ‘ $F_{\text{princípio}}(p)$ ’ pode ser preenchida com uma quantidade potencialmente infinita de condutas que, em sendo performadas, satisfazem (em parte) o estado de coisas ideal previsto no conteúdo proposicional. Essa complexidade salta ainda mais à vista, quando -, dentro desse conjunto potencialmente infinito de condutas que satisfazem (parcialmente) o estado de coisas ideal comandado por um princípio, - é traçada uma distinção entre um grupo de condutas que só pode ser performado *alternativamente* (ou se performa C_A ou C_B ou C_C) e um grupo de condutas que só pode ser performado *conjuntamente* (se se performa C_A , então devem também ser performadas C_B e $C_C \rightarrow C_A$ e C_B e C_C). Princípios, portanto, na forma como define Alexy, *nunca* comandam uma só conduta, mas sim um *grupo potencialmente infinito de condutas* que está *implícito* no conteúdo proposicional complexo (estado de coisas ideal) comandado. Já as regras *nunca* comandam um *grupo (potencialmente infinito) de condutas* implicitamente contido no conteúdo proposicional sob a forma de um estado de coisas ideal, pois a idéia de um estado de coisas que nunca pode ser completamente seguido é *incompatível* com a *força ilocucionária definitiva* das regras (dever-ser real), pois não se comanda *inflexivelmente* ou *definitivamente* condutas ou grupos de condutas que ou são completamente impossíveis de serem seguidas ou não são possíveis de serem seguidas *completamente*. E, ainda, vale ressaltar que o próprio conteúdo proposicional das regras já é resultado do choque de algumas das condutas comandadas implicitamente em alguns princípios, as quais só podem ser realizadas alternativamente nos casos concretos⁷².

Em resumo, tomando como pressuposto de análise a estrutura $F(p)$, a distinção entre princípios e regras pode assumir diversas configurações. A que é adotada aqui é aquela proposta por Alexy, que, em $F(p)$, reflete uma distinção combinada no nível da *força ilocucionária* e no nível do *conteúdo proposicional*. No quadro esquemático acima, a posição adotada está presente em: (1.2)(iii) \rightarrow (1)(i) + (2.1)(ii) ou (2)(i) + (2.1)(ii): F_{regra} (força ilocucionária *definitiva* ou *inflexível*) + EC_{regra} (= estado de coisas *real*); ou $F_{\text{princípio}}$ (força ilocucionária *de otimização* ou *flexível*) + $EC_{\text{princípio}}$ (= estado de coisas *ideal*). Assim,

⁷² Essa é uma maneira alternativa de expor aquilo que já se expôs em seções anteriores do texto, de que as regras derivam da colisão de princípios, em que um deles (P1) serve de razão (fundamento) para uma regra R, e o outro (P2), por ser incompatível com a conduta comandada em R, restringe a realização de P1 (e, por consequência, também limita a realização de R).

enquanto princípios possuem uma força ilocucionária *prescritiva flexível* e um conteúdo proposicional complexo consubstanciado em um estado de coisas *ideal* (impossível de ser seguido completamente), regras possuem uma força ilocucionária *prescritiva inflexível* e um conteúdo proposicional menos complexo consubstanciado em um estado de coisas *real* ou em uma conduta (ou grupo de condutas) *possível de ser seguida completamente*^{73,74}.

1.2.3 Entre princípios e regras: uma distinção ontológica ou epistemológica?

O propósito deste item é apenas o de esclarecer um argumento que vem sendo construído ao longo do texto de que a distinção entre princípios e regras não é somente de caráter epistemológico, mas também pode ser de caráter ontológico, caso se pressuponha como possível uma ontologia para a norma.

A primeira consideração a ser feita é que, apesar de $F(p)$ traçar um modelo pretensamente ontológico para a norma (ou, mais exatamente, para o *ato normativo*) enquanto uma ação lingüística, a força ilocucionária prescritiva, por seu caráter intencional, só se encontra completamente ativada (e, portanto, só é possível de ser acessada) ou no momento de produção do texto legislativo, ou no momento em que desse texto se constrói alguma interpretação para a performance de um *ato normativo derivado* (de segundo grau, e.g., a sentença de um juiz). Esse argumento oferece um forte indício de que, mesmo que seja possível um tal modelo ontológico, ele sempre será condicionado pela sua manifestação em nível epistemológico.

⁷³ Essa distinção pode ser vista imaginando quaisquer exemplos. Pense-se, por assim dizer, no princípio que comanda a preservação da vida e na regra que comanda a pena de reclusão por um número X de anos para aquela pessoa que mata alguém. O princípio de preservação da vida pode ser cumprido parcialmente por uma quantidade infinita de condutas (condutas que variam desde a performance de campanhas públicas para informar e educar a população sobre epidemias, até matar alguém em legítima defesa). Já a regra que comanda a pena para o *assassino*, comanda a omissão de apenas *uma conduta* previamente *definida*, i.e., a conduta de *matar alguém*. Desse breve exemplo já é possível perceber que a regra, até mesmo em virtude de sua força ilocucionária *definitiva*, tem um conteúdo proposicional muito mais *saturado* do que o dos princípios.

⁷⁴ Cabe fazer nota de que o conceito aqui adotado de princípios é um conceito bastante restrito, pois dá conta apenas de um dos inúmeros significados que, em geral, os estudiosos do tema atribuem a esse termo. Atienza e Manero, por exemplo, entendem que o conceito de princípios enquanto mandamentos de otimização é adequado para dar conta somente de um dos tipos normativos que eles designam, genericamente, com o termo ‘princípio’. Esses autores denominam o tipo normativo de princípio proposto por Alexy de *diretrizes* ou *normas programáticas*, isto é, “normas que estipulam a obrigação de perseguir determinados fins”. Ainda argumentam que os princípios nos termos de Alexy não se adequam ao que eles denominam de *princípios em sentido estrito*, isto é, “ ‘princípio’ en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc.”. A crítica feita por esses autores é útil, sobretudo, para notar não a irrelevância do critério usado por Alexy, mas de que esse critério não é, nem de longe, o único critério possível para distinguir os princípios das regras. É apenas o critério tomado como pressuposto teórico para este trabalho. Para uma visão completa da crítica dos dois autores espanhóis, veja: ATIENZA, Manuel; e MANERO, Juan R.(2004): pp. 23 e ss.

Em segundo lugar, ressalte-se que o aspecto ontológico de $F(p)$ aqui se justifica como uma ferramenta de análise muito útil para esclarecer aspectos da distinção entre princípios e regras que se manifestam no ponto de vista epistemológico, ou seja, que se manifestam quando se tomam, na prática, princípios e regras enquanto *fenômenos normativos distintos*. Com efeito, creio que o modelo ontológico de $F(p)$ não existe previamente ao que ocorre no nível dos fenômenos. Não entro, contudo, nesta discussão tão profunda, ou seja, não pretendo, nesta investigação, entrar no mérito da discussão sobre a viabilidade de um modelo ontológico para a norma, que seja ou não resultado de um processo de abstração da realidade dos fenômenos. Aqui é suficiente, para fins de estratégia analítica, valer-se da suposição de que pelo menos alguma forma de modelo ontológico para as ações linguísticas pode ser viável.

Isso quer dizer que não tento nem defender nem refutar as teses que enunciam que a distinção entre princípios e regras é ou não é de caráter ontológico. Parece-me indiscutível que a distinção entre princípios e regras tem um caráter epistemológico. E isso pode ser justificado, por exemplo, até mesmo pelo modo como Alexy a construiu, a partir da detida observação de algumas das decisões jurisprudenciais da Corte Constitucional Alemã (e, portanto, a partir do nível epistemológico). Então, se for possível provar que a distinção entre princípios e regras pode ser elaborada ao nível ontológico, a meu ver, isso em nada acrescentaria para o nível epistemológico (de interpretação de fenômeno), além de maior clareza e precisão em determinados pontos. Essa é a razão pela qual não considero relevante essa discussão no que concerne ao objeto desta pesquisa. O que importa destacar aqui é que a distinção de Alexy tem uma grande *utilidade prática* e fornece um quadro teórico muito coerente para justificar a tese da proporcionalidade enquanto método racional para solucionar colisões entre direitos fundamentais.

A partir de agora, dedico-me ao objetivo central desta monografia, que é o de demonstrar essa tese acerca da proporcionalidade.

2. A PROPORCIONALIDADE: REGRA OU PRINCÍPIO? A OPÇÃO TERMINOLÓGICA.

Nesta segunda seção, dou início a uma análise mais detida acerca da proporcionalidade nas decisões judiciais, sobretudo naquelas decisões restritivas de direitos fundamentais. Vale ressaltar que a base teórica de análise será aquela que foi em mais profundidade⁷⁵ discutida ao longo do item 1 deste estudo, ou seja, a noção desenvolvida por Alexy dos princípios enquanto mandamentos de otimização e das regras enquanto mandamentos definitivos. A breve ressalva que se fez a esse modelo foi que, enquanto os princípios devem ser compreendidos como *comandos para otimizar a realização de estados de coisas ideais (em que se incluem grupos potencialmente infinitos de condutas)*, as regras devem ser entendidas como *comandos para realizar definitivamente (inflexivelmente, absolutamente) estados de coisas reais (neles incluindo condutas individuais ou grupos dessas condutas)*.

O presente item está dividido em duas partes. A primeira se destina a demonstrar que tipo de relação existe entre a tese dos princípios como mandamentos de otimização e o *dever* de proporcionalidade. Nessa sede, ainda procuro justificar que a colisão de princípios implica a *necessidade normativa* da proporcionalidade. Argumento que isso, no entanto, não é suficiente. Na segunda parte, visando preencher essa lacuna, defendo que a proporcionalidade é mais bem compreendida como *regra* do que como *princípio*. A opção terminológica pela expressão “*regra da proporcionalidade*” não significa reduzir a importância ou a fundamentalidade do uso da proporcionalidade enquanto principal método para solucionar colisões entre direitos fundamentais, pois o critério da fundamentalidade não necessita sequer ser levado em consideração para o completo desenvolvimento do raciocínio aqui proposto. Em outras palavras, argumento que não há uma incompatibilidade necessária, como se verá, em defender a tese da proporcionalidade como regra (no sentido de Alexy), e a visão de essa mesma proporcionalidade ser denominada de princípio (não no sentido de Alexy), se outros critérios distintos daqueles adotados neste trabalho forem usados para identificar as entidades designadas pelo termo ‘princípio’ (como, e.g., o critério da fundamentalidade).

⁷⁵ A profundidade com a qual foi discutida a teoria dos princípios na seção 1 do texto, permite que agora as questões relacionadas com a proporcionalidade possam ser enfrentadas de uma maneira mais objetiva, sem que se incorra em nenhuma insuficiência de conteúdo.

Em resumo, duas são as questões enfrentadas nesta seção: (i) que tipo de relação existe entre a proporcionalidade e a distinção de caráter lógico entre princípios e regras?; e (ii) a proporcionalidade é mais bem compreendida como regra ou como princípio?.

2.1 A colisão de direitos fundamentais (princípios) e a *necessidade normativa da proporcionalidade*

Como o próprio Alexy nota na TDF⁷⁶, a tese dos princípios como mandamentos de otimização implica o dever de proporcionalidade, e o dever de proporcionalidade implica a tese dos princípios enquanto mandamentos de otimização. Isso significa que da colisão entre dois princípios (P1 e P2) deriva uma implicação lógica de se aplicar a proporcionalidade e os seus sub-elementos (a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito) para solucionar tal colisão mediante uma *regra* que comande a precedência de um princípio sob o outro em face das condições concretas C. Em outras palavras, a proporcionalidade resulta ser *normativamente necessária* como método adequado para solucionar a colisão concreta de dois deveres *prima facie*. Daí poder-se também sustentar que essa necessidade normativa torna possível justificar ou fundamentar o dever de proporcionalidade a partir do caráter de otimização dos princípios, e vice-versa.

Um princípio, com efeito, comanda que o seu conteúdo proposicional seja realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas. Essas possibilidades fáticas e jurídicas são determinadas pelo sopesamento do princípio correspondente com as razões que contam em sentido contrário, ou seja, o caráter de otimização dos princípios dá origem a um *dever* de sopesar até que ponto essas razões contrárias interferem nas possibilidades fáticas e jurídicas de realizar um determinado princípio em uma situação concreta. Quanto às possibilidades fáticas, é preciso avaliar (i) se o meio escolhido pelo legislador ou pelo julgador realiza ambos os princípios (seja em que grau for), ou seja, se o meio escolhido promove em alguma medida os estados de coisas ideais comandados nos princípios (dever de adequação); (ii) uma vez que o meio escolhido é considerado *adequado*, cabe ainda avaliar se esse é o único meio adequado disponível, e, no caso de haver mais de um meio adequado, qual dos meios (igualmente adequados) promove na maior medida possível o conteúdo ideal de ambos os princípios, ou seja, qual dos meios interfere menos intensamente na não-realização de um princípio em detrimento da realização

⁷⁶ Cf. ALEXY, Robert. (2002): p. 67.

do outro (dever de necessidade). Os deveres de adequação e de necessidade, portanto, estão relacionados com a obrigação de realizar na maior medida possível os estados de coisas ideais dos princípios que estão em rota de colisão no que concerne às possibilidades fáticas.

De outra parte, a definição de em que medida um princípio P1 interfere na realização do princípio P2, ou seja, a definição do grau de importância em satisfazer um dos dois princípios é o que determina ou justifica a necessidade normativa da proporcionalidade em sentido estrito. Esse é o dever de ponderação propriamente dito, que se relaciona com a obrigação de realizar na maior medida possível P1 e P2 dentro das possibilidades jurídicas. Na Parte II deste estudo, todas essas idéias serão mais aprofundadas. Por enquanto, isso é suficiente.

Como se disse, a noção dos princípios enquanto comandos de otimização é suficiente para demonstrar a necessidade normativa da proporcionalidade, ou seja, é suficiente para demonstrar que a proporcionalidade é um *dever* de e para quem quer que esteja na posição de solucionar uma colisão entre direitos fundamentais. Isso, no entanto, não é suficiente, pois provar e reconhecer o método da proporcionalidade como *devido* quando princípios estão em rota de colisão, nada diz acerca de *como esse dever deve ser cumprido*, ou seja, nada diz acerca do procedimento que deve ser performado para que o dever de proporcionalidade seja satisfeito. E isso é assim porque somente identificar a proporcionalidade como um dever não fornece nada muito além do trivial, e, em vez de resolver o problema, simplesmente o contorna. Com efeito, é preciso escolher uma denominação mais apropriada para a proporcionalidade. Como já expressei na Introdução, às vezes a questão terminológica sobre a proporcionalidade não encerra uma mera divergência ao nível lingüístico (semântico), podendo também apontar para maneiras mais ou menos úteis de compreender a proporcionalidade enquanto *método*, isto é, algumas vezes, a opção terminológica que se faz para a proporcionalidade implica o comprometimento com um certo *modo de uso* da proporcionalidade como método racional para solucionar colisões entre direitos fundamentais (nível pragmático). A questão terminológica que se enfrenta aqui, isto é, a questão de designar que tipo de dever é a proporcionalidade (se é princípio ou se é regra) é uma questão a nível pragmático. Isso porque, em alguns contextos,- seja em virtude do comprometimento com a pretensão da maior clareza possível, seja em virtude do comprometimento em manter a argumentação coerente tanto quanto possível, - chamar a proporcionalidade de *regra* ou de *princípio* fornece muito mais do que uma mera denominação, mas sim todo um pano de fundo teórico que pode ou não ser suficientemente adequado para dar conta dos problemas que

surtem quando se intenta defender a tese da proporcionalidade enquanto um método racional. É a essa questão que me dedico no próximo item.

2.2 A opção terminológica e a proporcionalidade como método

A questão terminológica que aqui se enfrenta é a de definir a proporcionalidade ou como regra ou como princípio. A primeira observação relevante é que, a partir da brevíssima análise feita acima dos sub-elementos do dever geral de proporcionalidade, vê-se que nada em suas estruturas leva a crer que eles podem ser enquadrados no conceito de princípio elaborado por Alexy. O dever de adequação, ao definir se um meio M realiza ou não realiza os estados de coisas ideais de ambos os princípios colidentes tem a estrutura de regra, pois se aplica *definitivamente*. Ou o meio M realiza os estados de coisas ideais de ambos os princípios colidentes, e então M é adequado, ou M não realiza esses estados de coisas ideais, e então M não é adequado. O dever de necessidade, ao determinar no espaço de escolha entre os meios igualmente adequados para satisfazer um certo princípio aquele(s) meio(s) que menos interfere(m) na não-realização do outro princípio colidente, também se aplica como um dever definitivo. Assim, ou M1 é necessário, e então os demais meios igualmente adequados (M2, M3 etc) *não devem ser escolhidos* (porque não necessários, apesar de adequados), ou M1 não é necessário, e então algum outro meio dentre os restantes no espaço amostral (M2, M3 etc) *deve ser escolhido* como o meio necessário. O dever de proporcionalidade em sentido estrito não difere da adequação e da necessidade. Com efeito, como já se disse anteriormente, a proporcionalidade em sentido estrito (ou a ponderação propriamente dita) tem como resultado uma *regra de preferência condicionada que pode ser assim representada*: $(P_i \dot{P}_j)C$. Essa regra, vale lembrar, pode ser lida ou como “ P_i tem prevalência sobre P_j nas condições C”, ou como tendo uma estrutura da seguinte forma subsuntiva: “Se C, então é obrigatório o conjunto de conseqüências jurídicas comandado em P_i ”.

Ora, se todos os sub-elementos do dever de proporcionalidade são aplicados, de acordo com a teoria de Alexy, mediante a estrutura própria dos deveres definitivos, todos eles, para manter a coerência argumentativa, devem ser chamados de regras (e, assim, *regra da adequação, regra da necessidade e regra da proporcionalidade em sentido estrito*). Logo, não há razão porque chamar a proporcionalidade de princípio na teoria de Alexy. A proporcionalidade, com efeito, tem a estrutura de regra (e, portanto, *regra da*

proporcionalidade), pelo fato de todos os seus sub-elementos se aplicarem mediante subsunção^{77,78}.

A opção terminológica “*regra de proporcionalidade*” em detrimento de “*princípio da proporcionalidade*” não reduz a importância ou a fundamentalidade do método da proporcionalidade enquanto o principal procedimento a ser seguido para solucionar colisões entre direitos fundamentais. É plenamente compatível com a terminologia da regra de proporcionalidade a idéia de “princípio da proporcionalidade” não enquanto um comando de otimização, mas enquanto uma concepção mais tradicional e extremamente difundida inclusive na doutrina nacional⁷⁹ de princípio enquanto “disposição fundamental” de um sistema jurídico. Essa compatibilidade se explica pela diversidade de critérios que se usa para marcar a diferença entre princípios e regras. Se se toma a distinção princípio/regra enquanto uma distinção do tipo lógico, então, em virtude da coerência argumentativa, cumpre fazer uso da expressão “regra de proporcionalidade”. Se se toma a distinção princípio/regra a partir de outro critério, como o grau de fundamentalidade no sistema jurídico, torna-se perfeitamente adequada a expressão “princípio da proporcionalidade”. Dessa forma, é plenamente compatível a proporcionalidade ser chamada, simultaneamente, de “regra” (no sentido de “mandamento definitivo”) e de “princípio” (no sentido de “disposição fundamental” de um sistema jurídico).

Por fim, é preciso ainda ressaltar alguns pontos. Em primeiro lugar, a rigor, a *regra de proporcionalidade* não chega nem a ser uma regra propriamente dita, pois a expressão “regra

⁷⁷ O próprio Alexy, em uma nota de rodapé na página 67 da versão inglesa da TDF (2002), advertiu para essa peculiaridade de os sub-elementos da proporcionalidade serem regras. Ele, no entanto, em diversos textos pós-TDF continua usando as expressões “princípio da proporcionalidade”, “princípio da adequação”, “princípio da necessidade” e “princípio da proporcionalidade em sentido estrito”, sem, no entanto, oferecer nenhuma justificativa a respeito. Isso, obviamente, não compromete as suas idéias centrais. Como quer que seja, faço a opção de proceder com o maior rigor possível para tentar deixar completamente explícito os padrões teóricos desenvolvidos por Alexy, e então uso, a partir de agora, não mais a expressão “dever de proporcionalidade”, mas sim a expressão “regra de proporcionalidade”.

⁷⁸ Podem-se notar vários casos dessa inconsistência, sobretudo aqui no Brasil. A título exemplificativo, o “princípio da anterioridade” e o “princípio da legalidade” são, de acordo com a teoria de Alexy, regras (e portanto, “regra da anterioridade” e “regra da legalidade”), porque aplicadas mediante *subsunção*. É importante notar esse ponto não para defender uma mudança radical de uma terminologia tão arraigada em raízes históricas, mas para atentar para o fato de que o uso do termo “princípio”, quando em concordância com a teoria de Alexy, implica uma série de conseqüências teóricas relevantes que nem sempre são levadas adequadamente em consideração. Essa é mais uma faceta do fenômeno doutrinário nacional que se denominou já na Introdução de sincretismo metodológico.

⁷⁹ Há autores brasileiros que, apesar de reconhecerem a distinção de Alexy, preferem usar a terminologia tradicional de “princípio da proporcionalidade”, motivados por razões históricas que não cabe aqui investigar. Dois bons exemplos desses perfis históricos são: GUERRA FILHO, Willis S. (2007): pp. 255-69; e BONAVIDES, Paulo (2004): pp. 392 e seguintes. Há também quem defenda a expressão “dever de proporcionalidade” ou “postulado normativo-aplicativo”, como: ÁVILA, Humberto (2007): pp. 139 e ss. Há ainda a posição que aqui é defendida, ou seja, a de adotar a expressão “regra de proporcionalidade”, para manter uma coerência com a teoria de Alexy. Para uma sustentação muito bem elaborada dessa última posição e para uma crítica à tipologia proposta por Humberto Ávila, veja: SILVA, Virgílio A.(2002): pp. 23-50.

de proporcionalidade” serve apenas como termo abreviado para identificar (para se referir a) um conjunto de (sub-)regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), e são essas (sub-)regras que assumem a estrutura normativa típica das regras. Não existe, portanto, algo que se denomina de “regra de proporcionalidade” e outro algo que se denomina de regra da adequação, regra da necessidade e regra da proporcionalidade em sentido estrito. Em que pese o inevitável, mas escusável jogo de palavras, o termo “algo” e a expressão “outro algo” na frase anterior se referem, na verdade, ao “mesmo algo”.

Em segundo lugar, as (sub-)regras da proporcionalidade, apesar de terem a estrutura típica das regras, assumem algumas peculiaridades, como: (a) elas não entram em conflito nem entre si nem com outras regras mais típicas de um sistema jurídico; (b) não entrando em conflito, desnecessário se faz prever qualquer tipo de saída teórica para solucionar conflitos dessas (sub-)regras (como a cláusula de exceção e a declaração de invalidade de uma das regras). Essas duas observações, porém, não invalidam a classificação das (sub-)regras da proporcionalidade como regras, ou seja, como *mandamentos definitivos*⁸⁰. Mais pertinente do que tentar refutar esse dado é notar uma distinção que, nesse contexto, torna-se relevante: a distinção entre regras *‘de conteúdo’* e regras *‘de procedimento’*. Tal distinção encontra um paralelo com a distinção apenas brevemente citada na nota de rodapé no.48 entre princípios *substantivos* e princípios *formais*. Os princípios formais, em vez de se caracterizarem como normas cujo conteúdo proposicional é um estado de coisas ideal (e, portanto, normas que comandam condutas *lato sensu*), são identificados por funcionarem como *razões para que uma certa norma de conduta (substantiva)*⁸¹ seja satisfeita, ou seja, são princípios,- cuja satisfação na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas,- servem de razões para a validade das normas ditas de conduta. Ora, fazendo um paralelo desses princípios ditos formais com a regra de proporcionalidade, vê-se que essa última confere um requisito formal de validade para que a decisão de quem quer que esteja na posição de solucionar uma colisão entre princípios seja tomada como uma decisão válida. Em outras palavras, os princípios formais que comandam a satisfação tanto quanto possível dos passos procedimentais que são comandados de forma definitiva nas três (sub-)regras de proporcionalidade conferem *razões que pesam a favor do cumprimento da decisão tomada*, isto é, conferem *razões que pesam a favor do cumprimento da regra de precedência*

⁸⁰ Disso se pode concluir a posição já brevemente comentada em páginas anteriores das (sub-)regras da proporcionalidade enquanto *meta-normas* (ou meta-regras).

⁸¹ Na doutrina brasileira, Virgílio Afonso da Silva desenvolve uma breve explanação acerca do conceito de competência e da sua relação com a função dos princípios formais. Não é preciso adentrar no tema aqui. Confira: SILVA, Virgílio A. da (2005): pp. 148 e seguintes.

condicionada a que se chega depois de realizado os procedimentos comandados nas três (sub-)regras. Isso não quer dizer, advirta-se, que é normativamente necessário para a satisfação das (sub-)regras de proporcionalidade a performance sempre explícita dos passos procedimentais nelas comandados. Aqui, como se verá na Parte II, procura-se tanto quanto possível tornar explícitos os passos geralmente implícitos no método da proporcionalidade não como forma de sempre exigir a performance explícita dos referidos passos, mas de simplesmente deixar claro quais passos devem ser realmente tomados para que se cumpra adequadamente com todas as exigências comandadas na regra de proporcionalidade.

PARTE II – A ESTRUTURA LÓGICO-NORMATIVA DA PROPORCIONALIDADE

3. PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DA REGRA DE PROPORCIONALIDADE

Já se deu início, na segunda seção da Parte I desta pesquisa, a uma breve explanação da proporcionalidade e de seus sub-elementos. Como se pôde ver, a base teórica aqui adotada para desenvolver uma estrutura adequada para o procedimento da proporcionalidade é a teoria dos princípios de Alexy. Argumento em toda esta segunda parte do trabalho que a proporcionalidade é um método muito coerente para levar a decisões *corretas* acerca de uma colisão entre direitos fundamentais. A *regra de proporcionalidade* pode ser, portanto, considerada como um dos principais *critérios de correção* das decisões judiciais, sobretudo daquelas decisões restritivas de direitos fundamentais. Para que a proporcionalidade adquira, de fato, esse status de critério de correção, é imprescindível tornar explícito as questões que devem ser feitas e os passos que devem ser performados para que qualquer decisão judicial em que se intente aplicar a proporcionalidade possa ser considerada racional. Note-se, desde já, que a regra de proporcionalidade, enquanto uma regra *‘de procedimento’*, não oferece um suporte teórico para aqueles que defendem a tese da única resposta correta na aplicação do Direito, ou seja, para aqueles que defendem que *sempre é possível alcançar uma única resposta correta na aplicação do Direito*. Com efeito, a proporcionalidade oferece um suporte muito mais débil, mas também mais realista. É que, como se verá, o método da proporcionalidade garante apenas uma *racionalidade possível*, e não uma *racionalidade total* das decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais. Essa racionalidade possível deriva do fato de a regra de proporcionalidade comandar um procedimento que permite afastar aquelas soluções que são *juridicamente impossíveis* e identificar com clareza aquelas soluções que são *juridicamente necessárias*. Entre as soluções juridicamente impossíveis e as juridicamente necessárias, resta uma área para o que é apenas *juridicamente possível*, que pode (e deve) ser reservada à discricionariedade dos julgadores.

Ao longo deste item, serão aprofundados ou revisados os pressupostos de aplicação da regra de proporcionalidade. Isso envolve tanto um aprofundamento na noção do caráter *prima facie* dos princípios e da chamada Lei de Colisão mencionados brevemente no item 1.1.1.2, bem como uma visão mais detalhada das três (sub-)regras de proporcionalidade (adequação,

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Procuro, nessa sede, fornecer um pano de fundo teórico mais completo do que o proposto por Alexy para as três (sub-)regras. Como se verá, Alexy avançou bastante na terceira delas (na proporcionalidade em sentido estrito), mas pouco observou as dificuldades inerentes às outras duas (adequação e necessidade).

Por fim, sempre que possível, procedo a minha argumentação com o auxílio de alguns casos práticos hipotéticos, como forma de tornar a exposição mais didática e de mostrar a aproximação que todo o aparato teórico fornecido tem com a prática.

3.1 O caráter *prima facie* dos princípios enquanto mandamentos de otimização

Quando do item 1.1.1.2, foi comentado que um dos pontos que distinguem princípios enquanto mandamentos de otimização das regras enquanto mandamentos definitivos é o caráter *prima facie* dos primeiros. Pode-se usar o termo “*prima facie*” para designar um princípio como “dever *prima facie*”, ou para se referir à “validade *prima facie*” dos princípios, ou para se reportar a uma “precedência *prima facie* de um princípio em relação a outro”. O termo “*prima facie*”, em todas essas passagens, designa a mesma característica, que pode ser facilmente observada no seguinte exemplo. Imagine que um pai prometa ao seu filho, como presente de aniversário de dezoito anos, comprar um carro “zero-quilômetro” que custa R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). O pai ainda deixa claro que fará um grande esforço nas finanças da família para dar esse presente ao filho, pois terá de zerar a poupança bancária que reservava especialmente para uma situação de urgência. Ao formular essa promessa, o pai se investe da obrigação de comprar o carro para o filho, isto é, o pai tem o dever de comprar o carro prometido, afinal “toda promessa é dívida”. Acontece que, poucos dias antes de retirar o dinheiro no banco para a compra do carro, o pai recebe a péssima notícia de que a sua mãe precisou ser internada com urgência, e necessita imediatamente de uma intervenção cirúrgica, cujo preço, de tão elevado, não está coberto pelo contrato de seguro de sua mãe. O pai, ressalte-se, é filho único, e sempre se comportou exemplarmente, deixando claro a seus pais e, sobretudo, à sua mãe, a promessa de que ele iria retribuir incondicionalmente a generosidade e o carinho que seus pais lhe deram até o fim de sua vida. Tendo isso em conta, e que a única reserva financeira que o pai tem é aquela de R\$25.000,00, vê-se ele na necessidade ou de frustrar a promessa feita ao filho, ou de frustrar a promessa feita à sua mãe, deixando-a totalmente desamparada. O pai, por considerar mais importante e urgente cumprir o dever de ajudar a sua mãe enferma, frustra a obrigação do filho, mas explica que assim que tiver

condições financeiras ele cumprirá com a sua promessa de comprar o carro. Disso se pode concluir que “toda promessa é *quase sempre* dívida”⁸².

O pai se viu, no caso concreto, sob a obrigação de cumprir as duas promessas feitas, sendo, contudo, ambas impossíveis de serem cumpridas ao mesmo tempo. Isso não quer dizer que o dever geral de “cumprir promessas” não é mais um dever para o referido pai. A situação é explicada por serem os dois deveres, deveres *prima facie*, isto é, que demandam a sua total satisfação apenas no caso ideal de não haver nenhum outro dever, no caso concreto, que limite ou restrinja a sua satisfação. É por isso que afirmo, no item 1.1.1.2, que “quando um princípio P_i prevalece *prima facie* sobre um outro princípio P_j , isso se traduz na idéia de que, em face das circunstâncias concretas, o ônus argumentativo para justificar a realização de P_j em detrimento de P_i é maior do que o ônus argumentativo para justificar a relação inversa, ou seja, para justificar a realização de P_i em detrimento de P_j ”⁸³. No caso em tela, o pai teria de fornecer argumentos muito fortes (e até fortíssimos) para que fosse possível justificar, por exemplo, o cumprimento integral da promessa feita ao filho, em detrimento da total não satisfação da promessa feita à sua mãe.

Essa noção do caráter *prima facie* dos princípios é essencial para que se compreenda a necessidade de ponderação, ou seja, a necessidade de satisfazer em uma maior medida um princípio em detrimento de outro, diante das circunstâncias concretas. É esse caráter que também explica, porque quando um princípio prevalece sobre outro no caso concreto, nenhum dos dois princípios colidentes é declarado inválido, ou seja, é declarado como não mais pertencendo ao ordenamento jurídico, ou porque em nenhum dos princípios se admite prever uma cláusula de exceção que, em certos casos concretos, afastasse por completo a aplicação de pelo menos um deles.

3.2 A relação de preferência condicionada e a Lei da Colisão (LC) revisitadas

No mesmo item 1.1.1.2, comentou-se sobre a existência de duas relações de preferência: uma *condicionada*, que foi representada como “ $(P_i \mathbf{P} P_j)C$ ou $(P_j \mathbf{P} P_i)C$ ” e uma *incondicionada*, que foi representada como “ $(P_i \mathbf{P} P_j)$ ou $(P_j \mathbf{P} P_i)$ ”. Como se pode inferir da simbologia adotada, a diferença entre a relação de preferência condicionada para a

⁸² Esse exemplo não tem o objetivo de esgotar todas as situações possíveis que poderiam configurar-se no caso concreto. Não se admite, por exemplo, que o pai poderia financiar em parcelas o pagamento do carro, ou da cirurgia, situação em que ele talvez pudesse compatibilizar o cumprimento de ambas as promessas ao mesmo tempo. Esses detalhes são irrelevantes, e aqui só se considera o suficiente para transmitir a noção de um dever *prima facie*.

⁸³ Conforme página 26 deste estudo.

incondicionada é o símbolo “C”, que representa a presença de determinadas condições. A relação de preferência incondicionada é a que estabelece precedências *prima facie* entre os princípios, ou seja, é a que estabelece uma certa ordem de prioridade em abstrato entre os princípios. Por exemplo, o princípio de preservação da vida tem preferência *prima facie* sobre o princípio do devido processo legal. Isso quer apenas dizer que o direito à vida tem um *peso abstrato* maior do que o do devido processo legal, o que não implica que, em determinadas circunstâncias concretas, o princípio do devido processo legal prevaleça sobre o direito à vida. Para que isso aconteça, porém, as razões usadas para justificar essa última situação têm de ser mais fortes do que as razões para justificar a situação inversa, ou seja, a situação de o direito à vida prevalecer, concretamente, sobre o devido processo legal (ônus argumentativo). Já a relação de precedência condicionada (a ser lida como: “ P_i prevalece sobre P_j em face das condições C”) é a que dá origem aos *pesos relativos* dos princípios, ou seja, é a que estabelece, em face das circunstâncias concretas, qual princípio prevalece sobre o outro. A relação de precedência condicionada pode ser lida através de uma *regra* que tem como conteúdo proposicional as condições C e que tem como efeito os efeitos jurídicos do princípio prevalecente. Isso pode ser representado pela Lei de Colisão (LC) enunciada, em sua versão mais técnica, da seguinte forma:

(LC) Se um princípio P_i prevalece sobre outro princípio P_j em face das condições C, e se P_i , em face das condições C, implica o efeito jurídico R, então é válida uma regra que tem as condições C como seus fatos operativos e R como seu efeito jurídico: $C \rightarrow R$ ⁸⁴;

A Lei de Colisão (LC), como se vê, expressa que as relações de preferência entre princípios pertencentes a um mesmo sistema jurídico não são absolutas, mas sim relativas. O ponto principal da otimização é o de determinar as relações de preferência condicionada corretas. A LC será completada com duas Leis do Balanceamento, quando do item 3.3.3 seguinte, momento no qual esclareço com mais profundidade a regra da proporcionalidade em sentido estrito. Como se verá, essas duas Leis do Balanceamento são leis que precedem LC, pois compõem parte do procedimento da proporcionalidade enquanto método racional, e, assim, compõem parte do procedimento que se deve performar para se chegar a uma regra de precedência condicionada correta, tal como enunciada em LC.

⁸⁴ Cf. ALEXY, Robert. (2000): p. 297.

3.3 As três (sub-)regras da regra de proporcionalidade: a *adequação* (idoneidade), a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito* (ponderação)

Como observação preliminar, é importante notar que essas três (sub-)regras não devem ser aplicadas em qualquer ordem. Não se pode pensar, por exemplo, que tanto faz aplicar a regra da *necessidade* antes ou depois da *adequação*, ou até mesmo antes ou depois da *proporcionalidade em sentido estrito*. Isso fica mais claro quando se considera que a aplicação da regra de proporcionalidade nem sempre implica a aplicação de todas as três (sub-)regras. Algumas vezes, é suficiente aplicar a adequação, pois, eventualmente, é possível que exista apenas um meio adequado, situação em que é irrelevante saber se esse único meio adequado é ou não é necessário. Outras vezes, o exame da adequação não é suficiente, mas é possível esgotar a aplicação da regra de proporcionalidade no plano da necessidade. Outras vezes, ainda, nem com a aplicação da necessidade é possível chegar-se a uma decisão proporcional, casos em que se deve proceder à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. A terceira (sub-)regra da proporcionalidade, portanto, a da proporcionalidade em sentido estrito só é aplicada nos casos mais complexos, e somente nesses casos, isto é, nos casos em que a colisão de princípios não pôde ser solucionada nem mediante a adequação, nem mediante a adequação e a necessidade. Nesse passo, cumpre fazer nota da notável lição de Virgílio Afonso da Silva:

É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.⁸⁵

Assim, as três (sub-)regras da proporcionalidade guardam uma *relação de subsidiariedade*, em que a regra da necessidade só deve ser aplicada, caso o exame não se resolva com a regra da adequação, e a regra da proporcionalidade em sentido estrito só deve ser aplicada, caso o exame não se resolva com o exame da adequação e da necessidade⁸⁶.

⁸⁵ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. (2002): p. 36.

⁸⁶ Há pelo menos três tendências para definir as (sub-)regras da proporcionalidade. Aqui se adota a corrente amplamente majoritária, que entende a divisão da regra da proporcionalidade nas (sub-)regras da adequação, da

Neste item, como já se advertiu, procurar-se-á oferecer um pano de fundo teórico mais completo do que o oferecido por Alexy ao tratar das três (sub-)regras da proporcionalidade. Além disso, no item 3.3.3, quando se comenta sobre a regra da proporcionalidade em sentido estrito, serão introduzidas as duas Leis do Balanceamento que são tomadas como pressuposto para a construção da Fórmula do Peso (*Gewichtsformel*), que é analisada em maior profundidade na seção 4 desse texto.

3.3.1 A regra da adequação

Anteriormente, afirmou-se que o primeiro exame a que deve proceder qualquer pessoa que esteja na posição de solucionar uma colisão entre direitos fundamentais é o exame da adequação, que consiste em determinar se “o meio escolhido pelo legislador ou pelo julgador realiza ambos os princípios (seja em que grau for), ou seja, se o meio escolhido promove em alguma medida os estados de coisas ideais comandados nos princípios (dever de adequação)”⁸⁷. De um lado há um meio, do outro há o fim que é perseguido e comandado pelo princípio. O exame de adequação serve para determinar se o meio em questão realiza em alguma medida o fim a ser perseguido. O conceito que Alexy fornece da regra da adequação é bastante simples. Imagine, por exemplo, que uma medida M que restringe a livre iniciativa de uma certa empresa (P1) para promover em um maior grau a proteção ao meio ambiente (P2), não promove, concretamente, P2 em grau algum. Nesse sentido, numa situação concreta em que P1 e P2 colidem (e, portanto, necessitam ser *otimizadas*), a medida M que prejudica P1 pode ser afastada sem custo algum para a realização de P2, pelo fato de M ser totalmente *inadequada* à realização de P2 (i.e., M não realiza P2 em nenhuma medida, por menor que seja)⁸⁸.

Ora, esse conceito de adequação fornece apenas um conceito bastante genérico, não entrando no mérito da questão central que é a de saber *o que significa ser uma medida adequada para a realização de um certo fim*, ou melhor, *o que conta como medida adequada para a realização de um certo fim*. Essa dificuldade pode ser explicada pelo fato de que há,

necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Há quem defenda, por exemplo, a posição de que só é necessário a aplicação da adequação e da necessidade. Essa é uma posição típica daqueles que criticam a técnica do sopesamento enquanto método pretensamente racional, como é o caso de Böckenförde. Há ainda a posição que defende adicionar mais um elemento à regra da proporcionalidade, para além da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito, a saber: o exame da legitimidade dos fins que a medida em questão pretende alcançar. Essa posição tem sido muito recorrente, sobretudo, nas decisões da Corte Européia de Direitos Humanos.

⁸⁷ Conforme página 44 deste estudo.

⁸⁸ Um exemplo similar pode ser encontrado em: ALEXY, Robert. (2000): p. 298.

pelo menos, três maneiras distintas de uma medida ser adequada à realização de um certo fim: uma quantitativa (adequação-quantidade), uma qualitativa (adequação-qualidade) e uma probabilística (adequação-probabilidade)⁸⁹. Na adequação-quantidade (intensidade), um meio M1 pode promover *em menor, em igual ou em maior grau* um princípio P_i do que um outro meio M2. Na adequação-qualidade, um meio M1 pode promover *pior, igualmente ou melhor* um princípio P_i do que um outro meio M2. Na adequação-probabilidade, um meio M1 pode promover *com menor, igual ou maior grau de certeza* um princípio P_i do que um outro meio M2. Disso se pode inferir que nem sempre se aplica a regra da adequação em um mesmo nível, pois assim como pode haver um meio mais intenso (mais forte) ou menos intenso (mais fraco) do que outro, pode haver um meio melhor ou pior, ou mais certo ou menos certo para a realização de um certo fim. E essas possibilidades, ressalte-se, não se excluem mutuamente. Pode acontecer, por exemplo, de um meio M1 ser *mais intenso, melhor e mais certo* do que um outro meio M2 para promover um certo princípio P_i , ou pode acontecer de um meio M1 ser *mais intenso e melhor* para promover P_i , e de um outro meio M2, apesar de mais fraco e pior, ser *mais certo* do que M1⁹⁰.

Essas possibilidades trazem uma perspectiva mais complexa para a regra da adequação e podem ser mais bem visualizadas em um exemplo prático. Imagine ainda a colisão entre o princípio da livre iniciativa das empresas (P1) e o princípio da preservação do meio ambiente (P2). Cada um comanda que o seu conteúdo proposicional seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, de acordo com P1, a livre iniciativa das empresas deve ser preservada na maior medida possível, e, de acordo com P2, o meio ambiente deve ser preservado na maior medida possível. Considere ainda que uma determinada empresa, em virtude de sua atividade produtiva, escoia diariamente uma quantidade considerável de material poluente à margem de um rio localizado em suas proximidades. Esse escoamento polui as águas do rio, e, em virtude disso, prejudica a vida de uma comunidade situada às margens desse rio, causando doenças em vários de seus habitantes. Considere, ainda, que a referida empresa é uma empresa bastante grande e lucrativa e que, por isso, acolhe uma quantidade considerável de empregados, e que a maioria deles habita na referida comunidade. Imagine, agora, três medidas que pudessem ser tomadas para resolver o problema: (M1) deslocar a comunidade situada à margem do rio para outra

⁸⁹ Na doutrina brasileira, pode-se conferir essa mesma posição em ÁVILA, Humberto (2007): pp. 165 e seguintes.

⁹⁰ Note-se que o fato de M2 ser pior do que M1 não significa necessariamente que M2 é um meio ruim para a realização de P_i , pois os termos “pior” e “melhor”, “forte” e “fraco”, “certo” e “incerto” se referem aqui a grandezas *relativas*, e não a grandezas *absolutas*.

localidade próxima, e distante do rio; (M2) suspender permanentemente as atividades produtivas da empresa durante uma quantidade X de dias por semana; (M3) obrigar a empresa a inserir em seus aparelhos de produção instrumentos de controle do material poluente (como filtros, ou combustíveis menos produtivos, mas também menos poluentes etc.).

Pois bem, M1, sem dúvida, dentre as três medidas, é aquela que realiza em maior grau o princípio P1, o princípio da preservação da livre iniciativa das empresas. M1 é, portanto, *mais intensa, melhor e mais certa* do que M2 e M3 para a realização de P1, sendo, assim, também uma medida *adequada* (e até mais adequada) para promover P1. Ao mesmo tempo, porém, M1, em nenhuma medida, promove a realização do princípio P2, o princípio da preservação do meio ambiente, pois deslocar a comunidade para outra localidade não contribui em nada para que a empresa páre de poluir o rio. M1, portanto, é *totalmente inadequada* para promover P2. Em uma colisão entre P1 e P2, M1 deve ser considerada uma medida *inadequada*, por não realizar em medida alguma o princípio P2, apesar de favorecer em alguma medida o princípio P1. Já a medida M2 restringe o princípio da livre iniciativa das empresas (P1), mas realiza em alguma medida a preservação do meio ambiente (P2), pois com a diminuição da frequência semanal da atividade produtiva da empresa, o referido rio seria menos poluído do que antes, embora não deixasse completamente de ser poluído. M2, porém, apesar de favorecer em certa medida tanto P1 como P2, pode acarretar um grave ônus para a empresa que, tendo sua atividade produtiva suspensa permanentemente por X dias na semana, seria forçada a demitir muitos de seus empregados que, por coincidência, habitam na referida comunidade prejudicada. M2 é uma medida *mais intensa, melhor e mais certa* que M1 para a realização do princípio P2, mas acarreta um grave ônus para a empresa, e, portanto, limita em um alto grau o princípio P1, podendo levar, inclusive, a empresa à falência. Dessa forma, M2 é uma medida *adequada* para realizar P2. M2, porém, é uma medida *pior e mais certa* do que M3, mas pode não ser uma medida *mais intensa*. Isso porque M3, ao obrigar a empresa a fazer uso de instrumentos de controle da produção de material poluente, promove em certa medida tanto P1 como P2, e acarreta um ônus menor para a empresa do que a medida M2. Suponha que M3 seja também capaz de realizar mais intensamente a preservação do meio ambiente do que M2, ou seja, suponha que, quantitativamente, diminuir o montante de material poluente a partir do uso de filtros dentro da própria empresa causa uma maior preservação do meio ambiente, do que suspender permanentemente as atividades de produção da empresa durante uma quantidade X de dias sem obrigá-la a, nos dias restantes aos da proibição, controlar a emissão de material poluente no rio. No exemplo, M3 é *mais intensa, mais certa e melhor* para promover tanto o princípio P1 como o princípio P2, sendo, portanto,

a medida *mais adequada*. Não entro ainda no mérito de aprofundar a questão de qual medida é a mais adequada, pois isso já é objeto de exame no próximo item, que concerne à aplicação da regra da necessidade. É suficiente aqui notar que M2 e M3 são ambas medidas adequadas para promover P2 (mesmo que isso implique alguma restrição a P1), enquanto que M1 é totalmente inadequada para promover P2 (embora implique a total não-interferência na realização de P1).

Há uma relevante questão que salta à vista nesse momento: é necessário para que uma medida seja considerada adequada, que (i) ela seja sempre *mais intensa, melhor e mais certa* do que todas as outras medidas, ou é suficiente que ela preencha pelo menos um desses requisitos, ou seja, ou é suficiente, para que ela seja adequada, que (ii) ela pelo menos seja ou *mais intensa*, ou *melhor*, ou *mais certa* do que pelo menos uma das outras medidas, ou ainda, no caso de total equivalência entre as medidas⁹¹, que ela simplesmente promova o fim em algum grau? Parece ser mais interessante a hipótese (ii), porque exigir (i), já em sede do exame de adequação, seria um ônus muito elevado para o julgador ou para o legislador. Com efeito, a decisão de qual medida é a *mais adequada* está prevista na regra da necessidade, que será vista no próximo item. Se se opta por manter a regra da adequação, então o mais prudente parece ser exigir que a medida seja adequada, e isso implica apenas que, genericamente, essa medida seja pelo menos ou *mais intensa*, ou *melhor*, ou *mais certa* do que pelo menos uma das outras medidas em questão. Essa tese difere um pouco da tese de Alexy sobre a adequação, pois, enquanto Alexy defende que, para ser adequada, basta que a medida realize em algum grau um princípio P_i , defendo que essa medida, para ser adequada, deve ser pelo menos ou mais intensa, ou melhor, ou mais certa do que pelo menos uma outra medida das medidas em questão⁹², o que não implica decidir definitivamente, já em sede de adequação, sobre qual medida é a mais adequada⁹³. Por exemplo, com essa tese que defendo, na situação de uma medida M1 ser *mais intensa*, porém *menos certa* do que uma medida M2, é possível sustentar que ambas as medidas são *adequadas* (embora não sejam necessariamente

⁹¹ Há algumas possibilidades em que as medidas, quando sujeitas à análise de adequação, podem ser consideradas como totalmente equivalentes. Elas são totalmente equivalentes quando ambas as medidas promovem com *igual intensidade, igual grau de certeza e igual qualidade* o princípio P_i . E isso pode ocorrer quando ambas promovem P_i na maior intensidade ou na menor intensidade, ou com a melhor qualidade ou com a pior qualidade, ou com o maior grau de certeza ou com o menor grau de certeza.

⁹² Esse caso só não ocorre, obviamente, na raríssima possibilidade de haver somente uma medida M possível para promover P_i , situação em que não há outras medidas com as quais seja possível comparar M.

⁹³ Essa tese pode ser abreviada ou alterada para ficar mais bem esclarecida: uma medida pode ser considerada adequada se ela ou é pelo menos mais intensa, melhor ou mais certa do que pelo menos uma das outras medidas em questão, ou se ela estiver em nível de igualdade em todos os requisitos (igual na intensidade, igual na qualidade e igual no grau de certeza) com as outras medidas que, eventualmente, sejam examinadas a partir da regra da necessidade.

“igualmente adequadas”). A tese de Alexy permite escolher também como medida adequada uma medida que, apesar de menos intensa, pior e menos certa do que todas as outras medidas em questão, ainda assim promovesse em algum grau o fim perseguido. Na tese aqui desenvolvida, tal medida seria tomada como *inadequada*⁹⁴. A tese de Alexy, portanto, configura um caso especial da tese que aqui defendo, a saber: o caso eventual de a medida ser totalmente equivalente a outras medidas, ou seja, o caso eventual em que saber se uma medida promove com maior, com igual ou com menor intensidade, qualidade ou quantidade do que as outras é irrelevante pelo fato de todas elas promoverem em igual intensidade, e/ou igual qualidade, e/ou igual quantidade o fim pretendido.

Por fim, outro ponto que é de importante destaque é que, algumas vezes, o que deve ser julgado como adequado não é uma medida considerada isoladamente, mas um conjunto de medidas (um “pacote” de medidas determinadas “em bloco”), ou seja, algumas vezes o que está em jogo não é uma medida que se realiza alternativamente a outras medidas (ou se cumpre M1 ou M2 ou M3, por serem as três incompatíveis entre si), mas sim um grupo de medidas que devem ser realizadas conjuntamente (deve-se cumprir M1, M2 e M3, por serem as três mutuamente compatíveis, e porque a realização de cada uma delas contribui para a realização das demais). Essa observação acrescenta um novo nível de análise na adequação, que a torna mais complexa, pois, além de determinar internamente os status de cada uma das medidas do grupo, é preciso avaliar, depois disso, se esse conjunto de medidas é mais intenso ou melhor ou mais certo do que pelo menos um dos outros conjuntos concorrentes. Não é pertinente aqui aprofundar essa hipótese, sendo suficiente observar que ela deve ser tratada a partir do mesmo padrão que é usado no exame da adequação de uma medida individual⁹⁵.

3.3.2 A regra da necessidade

No mesmo item em que se comentou brevemente acerca da (sub-)regra da adequação, também se comentou acerca da (sub-)regra da necessidade e se afirmou que “uma vez que o meio escolhido é considerado *adequado*, cabe ainda avaliar se esse é o único meio adequado disponível, e, no caso de haver mais de um meio adequado, qual dos meios (igualmente

⁹⁴ É importante notar que essa medida só é inadequada caso haja outras medidas que realizem pelo menos ou com maior intensidade, ou com maior qualidade, ou em maior quantidade o fim em questão. O que proponho aqui é que seja realizado já na adequação um *exame de “pré-necessidade”*, pois isso facilita a análise quando da aplicação da regra da necessidade propriamente dita.

⁹⁵ Ávila ainda reconhece a possibilidade de análise da adequação a partir de três dimensões: abstração/concretude, generalidade/particularidade e antecedência/particularidade. Essa observação é muito interessante, mas extrapolaria o objeto de estudo. Portanto, ela não é considerada aqui. Para uma visão dessa tridimensionalidade, veja: ÁVILA, Humberto (2007): pp. 167 e seguintes.

adequados) promove na maior medida possível o conteúdo ideal de ambos os princípios, ou seja, qual dos meios interfere menos intensamente na não-realização de um princípio em detrimento da realização do outro (dever de necessidade)”⁹⁶. Como se viu no item anterior, a regra da adequação pode ser definida de pelo menos três maneiras distintas (quantidade, qualidade e probabilidade) e que um meio para ser considerado adequado precisa ser pelo menos ou mais intenso ou melhor ou mais certo para promover um certo princípio P_i do que pelo menos um de todos os outros meios em questão. É importante ressaltar que, no modelo aqui defendido para a regra da adequação (o da realização de uma espécie de exame de “pré-necessidade”), ela envolve a avaliação do meio a partir de um baixo grau de relatividade⁹⁷, pois, para que um meio seja considerado adequado, basta que ele não seja o meio *menos intenso, pior e menos certo* dentre os meios em questão. Já a regra da necessidade envolve um alto grau de relatividade, pois o objetivo aqui é o de definir quais meios, dentre aqueles considerados “adequados”, são os *mais adequados*, porquanto *necessários*. Esse alto grau de relatividade se deve ao fato de que os meios não são mais determinados somente a partir do grau de realização de um certo princípio P_i , mas também a partir do grau de não-interferência em um outro princípio P_j . Com efeito, na regra de necessidade se exige que o(s) meio(s) escolhido(s) seja(m) aquele(s) que *menos interfere(m)* na realização do princípio P_j , mesmo que, para isso, o princípio P_i tenha de ser realizado em uma menor medida.

No exemplo do item anterior, já foram dados indícios da regra da necessidade na seguinte passagem: “Isso porque M3, ao obrigar a empresa a fazer uso de instrumentos de controle da produção de material poluente, promove em certa medida tanto P1 como P2, e acarreta um *ônus menor* para a empresa do que a medida M2. Suponha que M3 seja também capaz de realizar mais intensamente a preservação do meio ambiente do que M2, ou seja, suponha que, quantitativamente, há uma maior diminuição do montante de material poluente a partir do uso de filtros dentro da própria empresa, do que a partir da suspensão permanente das atividades de produção da empresa durante uma quantidade X de dias sem obrigá-la a, nos dias restantes aos da proibição, controlar a emissão de material poluente no rio. No exemplo, M3 é mais intensa, mais certa e melhor para promover tanto o princípio P1 como o princípio P2, sendo, portanto, a medida *mais adequada*”⁹⁸. Grifei, propositadamente, as expressões “menor ônus” e “mais adequada”, pois elas se referem diretamente à idéia da necessidade. No

⁹⁶ Conforme página 44 deste estudo.

⁹⁷ O conceito fornecido por Alexy para a adequação aponta para um conceito *absoluto*, no sentido de que para ser adequado o meio não precisa entrar em confronto com outros meios. O conceito defendido aqui é que pode ser importante já fazer um confronto prévio dentre os meios, para diminuir a complexidade da avaliação em fases posteriores.

⁹⁸ Conforme página 57 deste estudo.

caso do exemplo, M2, apesar de promover em grande medida o princípio da preservação do meio ambiente (P2), gera uma grande restrição no princípio da livre iniciativa das empresas (P1). M2 é mais intenso e melhor do que M3 para promover P2, embora M3 seja mais certo; M2 é ainda menos intenso e pior do que M3 para promover P1, e é mais certo do que M3 para não promover (ou para interferir em um alto grau na realização de) P1. Nesse caso, estão em jogo duas medidas (M2 e M3) que restringem e realizam tanto o princípio P1, como o princípio P2. Uma contribui mais para a realização de P1, e, assim, para a restrição de P2, e outra contribui mais para a situação inversa, isto é, para a realização de P2, e, assim, para a restrição de P1. Ambas seriam consideradas necessárias se originassem, no caso concreto, resultados idênticos ou pelo menos equivalentes para ambos os princípios. Como se viu, porém, M2 acarretaria um grande ônus para a empresa, pois interferiria seriamente em outros direitos fundamentais envolvidos (causando, por exemplo, o desemprego de vários trabalhadores). E essa interferência séria, indiretamente, acabaria por piorar a situação da comunidade. M3, por outro lado, gera um menor ônus para a empresa, e não oferece o risco sério de interferência que M2 oferece, embora se possa supor, ao contrário do que está expresso na passagem, que M3 realize em menor medida a preservação do meio ambiente. No caso expresso na passagem, como M3, além de oferecer um menor ônus para a empresa, ainda preserva mais o meio ambiente do que M2, M3, sem dúvida, é a medida *necessária*, e, portanto, M3 deve ser determinada e M2 deve ser afastada. Se se supõe que, ao contrário, M3, apesar de oferecer um menor ônus para a empresa, preserva menos o meio ambiente do que M2, nenhuma das medidas pode ser considerada como a *mais adequada*, i.e., como a medida *necessária*. Essa última situação é a que configura um caso difícil, e que não pode ser resolvido nem ao nível da regra da adequação, nem ao nível da regra da necessidade. Deve-se, assim, recorrer à terceira (sub-)regra, a da proporcionalidade em sentido estrito, para que se decida qual princípio deve prevalecer sobre o outro no caso concreto⁹⁹.

⁹⁹ O exemplo dado, compreendido a partir da colisão entre o princípio da livre iniciativa das empresas (P1) e o princípio da preservação do meio ambiente (P2), serve para notar que, no caso de M1, a questão já é resolvida com a aplicação da regra de adequação, e, no caso de M2 e M3, dependendo de alguns aspectos que somente são possíveis de serem reconhecidos no caso concreto, pode ser que a questão já seja resolvida na própria aplicação da regra da necessidade, ou pode ser que a questão tenha de ser resolvida mediante a aplicação da regra da proporcionalidade em sentido estrito.

3.3.3 A regra da proporcionalidade em sentido estrito

As (sub-)regras da adequação e da necessidade se relacionam com a realização na maior medida possível no que concerne às possibilidades fáticas¹⁰⁰. Quando a questão não pode ser resolvida mediante a aplicação da regra da adequação ou das regras da adequação e da necessidade, ou seja, quando a questão não pode ser resolvida somente a partir da análise das possibilidades fáticas do caso (pois não há “otimidade-Pareto”), então deve-se recorrer à análise das possibilidades jurídicas, ou seja, deve-se recorrer a uma técnica de sopesamento ou de balanceamento dos princípios que colidem na situação concreta. Essa técnica será sempre necessária quando a realização de um certo princípio P_i promova a não-realização de um outro princípio P_j , ou seja, o sopesamento sempre é necessário quando a realização de um princípio P_i implica custos (prejuízos) para a realização de um outro princípio P_j . No exemplo desenvolvido, em algumas passagens a idéia do sopesamento já foi apreendida, a saber: “...ambas [as medidas M2 e M3] seriam consideradas necessárias se originassem, no caso concreto, resultados idênticos ou pelo menos equivalentes para ambos os princípios. Como se viu, porém, M2 acarretaria um *grave ônus* para a empresa, pois *interferiria seriamente* em outros direitos fundamentais envolvidos (como o desemprego de vários trabalhadores). E essa *interferência séria*, indiretamente, acabaria por piorar a situação da comunidade. M3, por outro lado, gera um *menor ônus* para a empresa, e não oferece o *risco sério de interferência* que M2 oferece, embora se possa supor, ao contrário do que está expresso na passagem, que M3 realize em menor medida a preservação do meio ambiente.”¹⁰¹. Grifei, agora, propositadamente as expressões “grave ônus”, “interferiria seriamente”, “interferência séria”, “menor ônus” e “risco sério de interferência”. Essa noção mais precisa do *grau de interferência ou de realização* que uma medida M tem na promoção de um certo princípio P_i e na não-satisfação de um outro princípio P_j é a noção que se deve desenvolver em sede da aplicação da regra da proporcionalidade em sentido estrito. Essa noção pode ser mais bem compreendida a partir de duas Leis do Balanceamento, a “Lei Substantiva do Balanceamento” (LSB) e a “Lei Epistêmica do Balanceamento” (LEB), a saber:

¹⁰⁰ Como Alexy adverte, a adequação e a necessidade expressam a idéia da “otimidade-Pareto”, que pode ser expressa da seguinte forma: “se quando se passa de uma situação B para uma situação A, nenhum dos participantes se coloca em uma posição desfavorável, e pelo menos um deles se coloca em uma posição mais favorável do que a anterior”, então não há motivo para preferir A a B, e, portanto, B é uma situação *necessária*, porque promove um maior grau de otimização do que a situação A. Veja: ALEXY, Robert (2002): p. 105.

¹⁰¹ Conforme página deste estudo.

(LSB) Quanto maior for o grau de não-satisfação de um direito ou de um princípio, tanto maior deve ser a importância de satisfação do outro¹⁰²;

(LEB) Quanto mais forte pesa uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza de suas premissas justificantes¹⁰³;

Essas duas leis, tomadas em conjunto, servem de pressuposto teórico para o que se pode chamar de “modelo justificativo” de sopesamento, o qual se contrapõe à noção de um mero modelo de “tomada de decisão”. Se fosse suficiente apenas formular uma relação de preferência condicionada de um princípio em relação a outro, sem nenhuma exigência de justificação, esse modelo seria completamente intuitivo, pois daria margem ao julgador de fazer qualquer uso de quaisquer convicções pessoais e de (pré-)conceitos para tomar a sua própria decisão. Essa é a idéia relativa ao “mero modelo de tomada de decisão”. Nele não é possível identificar critérios a partir dos quais qualquer sopesamento de valores ou de princípios pudesse ser verificado. Já o “modelo justificativo de sopesamento” exige que, além do dever de elaboração da regra de precedência condicionada, essa elaboração seja justificada a partir de certos critérios previamente definidos, ou seja, o “modelo justificativo” traça uma distinção entre os processos mentais realizados para determinar o enunciado da regra de preferência e aqueles realizados para justificar essa determinação. No “modelo justificativo”, então, exige-se não que se tenha de realizar certos processos mentais para determinar o enunciado de preferência, mas que essa determinação seja justificada da forma mais precisa e explícita possível^{104,105}. Assim, o sopesamento será tanto mais racional quanto

¹⁰² Cf. ALEXY, Robert. (2002): p. 436.

¹⁰³ Cf. ALEXY, Robert (2003): p. 446.

¹⁰⁴ Essa exigência de justificação encontra, inclusive, um fundamento na Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 93, a saber: “art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, (...)” (grifos nossos). Para uma análise profunda desse dever constitucional de motivação das decisões judiciais, confira o excelente estudo de: GUERRA, Marcelo L. (2006): pp. 517-41.

¹⁰⁵ Essa distinção remete à distinção tradicional em argumentação jurídica entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação. Sobre o tema, confira: WASSERSTROM, Richard A. (1961). *The Judicial Decision*. Stanford: Calif. and London; e ANDERSON, B. (1996). *“Discovery” in Legal Decision-Making*. Dordrecht: Kluwer Academics.

mais racional for a justificação dos argumentos¹⁰⁶ através dos quais é determinada a regra de precedência condicionada para resolver uma colisão entre princípios.

Retornando às duas leis, por enquanto é suficiente fazer apenas algumas observações preliminares, pois a seção 4 do texto é inteiramente voltada a uma análise pormenorizada da proporcionalidade em sentido estrito, e sobretudo a uma análise mais detida acerca de sua forma mais compreensiva, a Fórmula do Peso (*Gewichtsformel*). Importa registrar, ainda, que Alexy se vale da Fórmula do Peso para construir uma forma completa de compreender, conjunta e simultaneamente, as duas leis (LSB e LEB). É, portanto, na próxima seção que a tese central da proporcionalidade enquanto método racional será completamente demonstrada.

Quanto à LSB, é importante notar que ela configura uma lei aplicável para o sopesamento de quaisquer tipos de princípios. De acordo com ela, o grau de não-satisfação de um princípio depende da importância da satisfação de outro princípio. Essa relação *explícita* que se estabelece entre o grau de não-satisfação de P_i e a importância da satisfação de P_j é precisamente a relação que está *implícita* quando, na definição dos princípios, faz-se uso do termo “possibilidades jurídicas”, pois, quando se afirma que princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, coloca-se lado a lado, no momento da colisão, o conteúdo proposicional que um princípio P_i comanda e o conteúdo proposicional que um outro princípio P_j comanda. E é essa relação também que torna coerente a afirmação de que o peso dos princípios nunca pode ser determinado de maneira absoluta, pois o que há é um *peso relativo*.

Quanto à LEB, faz-se útil observar que a “certeza das premissas justificantes” pode ser interpretada a partir de, pelo menos, duas maneiras distintas: da certeza enquanto probabilidade e da certeza enquanto confiabilidade¹⁰⁷. A partir de cada uma dessas interpretações, tem-se as seguintes versões da LEB:

(formulação da certeza-probabilidade) (LEB)₁ Quanto mais sério for o grau de não-satisfação de um princípio, maior deve ser a chance objetiva de realizar um outro princípio colidente a um grau suficientemente alto;

¹⁰⁶ Vários são os tipos de argumentos que podem ser usados para justificar a determinação de uma regra de precedência condicionada entre princípios. Todos os argumentos disponíveis, genericamente, em sede de argumentação constitucional podem ser usados. Assim, eles podem variar desde cânones interpretativos até a remissão a considerações doutrinárias, precedentes judiciais e argumentos empíricos, por exemplo. Isso, porém, não altera a natureza de alguns argumentos que são típicos do sopesamento de valores, i.e., daqueles argumentos que são próprios para justificar as duas referidas Leis do Balanceamento.

¹⁰⁷ Essa observação muito pertinente para a reconstrução da “Lei Epistêmica do Balanceamento” foi extraída de uma contribuição recente à teoria de Alexy realizada em um ótimo texto elaborado por: RIVERS, Julian. (2007): 167-88.

(formulação da certeza-confiabilidade) (LEB)₂ Quanto mais sério for o grau de não-satisfação de um princípio, maior deve ser a confiabilidade na análise prévia feita pelo corpo legislativo de que um outro princípio colidente será realizado em um grau suficientemente alto;

Ambas as formulações se relacionam com o problema da discricionariedade judicial, porém a partir de diferentes perspectivas. Na primeira formulação da LEB (certeza-probabilidade) é elaborada uma noção que já está implícita em LSB, pois constitui um dever de quem quer que esteja na posição de otimizar princípios em rota de colisão otimizar tais princípios a partir daquilo que é conhecido, tomando na devida conta os riscos e as incertezas. Assim, a (LEB)₁ é relativa à discricionariedade judicial para decidir com base nas evidências empíricas. Isso não quer dizer, porém, que quem toma a decisão tem de agir somente com base no grau de certeza absoluta, pois se assim o fosse, nunca seria possível performar uma otimização. Eis o motivo pelo qual quanto mais sério for o grau de não-satisfação de um princípio P_i, maior deve ser a chance *objetiva* (i.e., que leva em conta dados concretos disponíveis) de realizar um outro princípio colidente P_j. Isso significa que tanto o peso de P_j, como a chance objetiva de realizá-lo são variáveis relevantes na equação de proporcionalidade.

De outra parte, na segunda formulação da LEB (certeza-confiabilidade) é elaborada uma restrição na competência¹⁰⁸ dos juízes (sobretudo dos juízes dos Tribunais Superiores) de eles próprios se engajarem em investigações empíricas, pois a performance de tais investigações seria um dever de outros órgãos do Estado. O que os juízes podem exigir é que esses outros órgãos performem investigações empíricas que possam servir de justificativa de que a chance de realização do resultado previsto não é apenas uma estratégia desses órgãos para persuadi-los subjetivamente, mas que tais investigações possam demonstrar de maneira efetiva que a realização do resultado previsto é *objetivamente devido (vinculante)* para os juízes. Assim, devem as Cortes aceitar as restrições de valores e de princípios somente se os

¹⁰⁸ O conceito de competência normativa é um conceito central para a Teoria do Direito, e essencial no desenvolvimento de, por exemplo, uma teoria da discricionariedade judicial, sobretudo na parte que trata dos limites de competência entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Neste trabalho não há como aprofundá-lo. Remeto o leitor à uma obra contemporânea que me parece imprescindível para quem deseja tratar do tema. Confira: SPAAK, Torben (1994). *The Concept of Legal Competence: an essay in conceptual analysis*: pp. 26 e seguintes. Há uma tradução feita por mim de um artigo de Spaak em que o autor sumariza as posições desenvolvidas em seu livro. Esse artigo nunca foi publicado, pois foi produzido para ser veiculado internamente a um curso de reciclagem de magistrados federais ministrado pelo professor Marcelo Guerra.

julgamentos empíricos que as justificam forem suficientemente *confiáveis*. E esses julgamentos são confiáveis se as Cortes têm o *dever* de aceitá-los como *corretos*¹⁰⁹.

Resta, agora, uma questão: qual das duas interpretações escolher? Há alguma interpretação que é melhor do que a outra? Há objeções possíveis tanto à (LEB)₁, como à (LEB)₂. A principal objeção à (LEB)₁ é que ela forneceria um modelo para a discricionariedade epistêmica empírica a partir do qual se deve pressupor um princípio formal dispondo que o corpo legislativo tem a competência para tomar “decisões importantes”, i.e., que o corpo legislativo tem a competência para fazer escolhas concretas (e, assim, seria autorizado ao corpo legislativo correr riscos). Essa competência prejudicaria (ou limitaria) o exercício da competência (inquestionável pelo menos na prática dos tribunais) de uma Corte para performar o procedimento da proporcionalidade na solução de uma colisão entre direitos fundamentais¹¹⁰. Essa objeção acaba sendo também a principal crítica que pode ser feita à (LEB)₂, pois o problema geral da discricionariedade epistêmica parece estar sempre relacionado, de uma forma ou de outra, com o problema da confiabilidade dos prognósticos empíricos realizados pelo corpo legislativo. O que importa destacar é que (LEB)₁ é uma interpretação mais atraente para quem defende a posição de que a relevância (significância) dos princípios formais está diretamente relacionada com a visão da proporcionalidade como um método a partir de cuja performance resulta uma regra puramente substantiva (i.e., “de conteúdo”). Essa parece ser, por exemplo, a posição do próprio Alexy¹¹¹. De qualquer forma, como, no final, (LEB)₁ e (LEB)₂, apesar de serem diferentes interpretações da LEB, devem ser solucionadas a partir da análise de um mesmo problema, mostrar-se-á, na seção 4 deste estudo, que é possível complementar a Fórmula do Peso proposta por Alexy, de forma a dar conta de ambas as interpretações.

¹⁰⁹ Cf. RIVERS, Julian (2007):

¹¹⁰ Cf. RIVERS, Julian (2007): pp. 184 e ss.

¹¹¹ Confira o *Postscript* da versão inglesa da TDF em: ALEXY, Robert. (2002): pp. 388-425.

4. (RE-)CONSTRUINDO A FÓRMULA DO PESO DE ROBERT ALEXY

Nesta seção, dedico-me ao objetivo principal deste escrito, que é a demonstração de que a *regra da proporcionalidade* denota um método racional para resolver colisões entre direitos fundamentais. Para tanto, valho-me de uma (re-)construção crítica de um dos pontos centrais da teoria dos direitos fundamentais de Alexy: a Fórmula do Peso (*Gewichtsformel*)¹¹². Nessa (re-)construção, além de revisar o aparato teórico proposto por Alexy, sustento que esse aparato é suficiente para rebater algumas das mais sérias críticas que lhe foram feitas, sobretudo por Habermas¹¹³ e Schlink¹¹⁴. Em seguida, tendo em vista o que foi discutido em seções anteriores, atento para algumas complementações teóricas recentes que tal aparato recebeu, para dar conta das duas interpretações possíveis da LEB (item 3.3.3). O estudo específico da “Fórmula do Peso” como estratégia para comprovar a tese de que a proporcionalidade (ou o balanceamento, em expressão menos compreensiva) é um procedimento racional se justifica, de um lado, pela ausência de farta discussão nacional sobre o tema¹¹⁵, e pela rejeição que, em geral, causa essa estratégia formal (e metaforicamente matemática, como se verá) na comunidade jurídica.

Cabe advertir, desde logo, que a Fórmula do Peso não serve de suporte para aqueles que sustentam a tese de que defender a proporcionalidade como um método racional é defender a tese de que é possível uma única resposta correta na aplicação do Direito. Com efeito, essa Fórmula serve de suporte apenas para aqueles que sustentam que a racionalidade do balanceamento não está na necessidade de obter um único resultado correto (racional) para cada colisão entre direitos fundamentais, mas sim na possibilidade de justificar racionalmente as premissas argumentativas que levam a um resultado *juridicamente possível*. Assim, para essa última corrente, a racionalidade do sopesamento não está no resultado, mas sim no procedimento, e a Fórmula do Peso garante não uma *racionalidade total*, mas sim uma *racionalidade possível* apenas. É a essa última tendência que aqui me filio.

¹¹² Alexy começou a desenvolver a *Gewichtsformel* no *Postscript* preparado para a versão inglesa de sua *Theorie der Grundrechte*, e a sedimentou em outros textos posteriores. O principal, - e é também o texto que serve de referencial para a maior parte da (re-)construção aqui feita, - é: ALEXY, Robert. (2003). *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*: pp. 433-49.

¹¹³ Cf. HABERMAS, Jürgen (1998): p. 259.

¹¹⁴ Cf. SCHLINK, Bernhard (2001): pp. 445 e seguintes.

¹¹⁵ Com efeito, até onde pude observar, só há *um* texto sobre a “Fórmula do Peso” veiculado na doutrina nacional, que é o seguinte: GUERRA, Marcelo L. (2006). *A Proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações...*, pp. 319-49. Esse texto, advirta-se, merece ser lido, quer por sua clareza expositiva, quer por apresentar observações muito relevantes para o tema.

Antes de dar início à discussão, é interessante observar como o balanceamento é tratado de forma controversa na interface entre teoria e prática. Há uma importante corrente teórica que sustenta um ceticismo forte para com a tese do balanceamento enquanto um método racional. Citem-se, por exemplo, a crítica de Habermas para quem “em não havendo padrões racionais para isso [ao referir-se ao sopesamento de valores], o balanceamento ocorre ou arbitrariamente ou irrefletidamente, de acordo com os padrões e as hierarquias costumeiras”¹¹⁶, e a crítica de Schlink, para quem “o balanceamento, no fim, acaba se convertendo em avaliações decisionistas e subjetivas”¹¹⁷. De outra parte, a técnica do balanceamento recebe ampla aceitação na prática dos tribunais¹¹⁸. E isso é assim, em primeiro lugar, porque tanto há casos (talvez a maioria deles) que são resolvidos simplesmente por meio da subsunção, ou seja, por meio da aplicação de regras, como também há casos, os chamados “*hard cases*”, que são definidos por sua complexidade decisória, pois, diante das circunstâncias concretas, estão em jogo tanto razões relevantes contra, como a favor de uma determinada decisão. Esses casos difíceis não são resolvidos mediante subsunção, mas sim mediante sopesamento (balanceamento). Em segundo lugar, tal necessidade prática decorre até mesmo da própria estrutura de um Estado Constitucional, ao assegurar, em sede de texto constitucional, vários direitos fundamentais, alguns dos quais sempre são restringidos em alguma medida ou outra por praticamente toda e qualquer decisão judicial¹¹⁹. Dessa forma, interferências em direitos fundamentais são admissíveis, porquanto inevitáveis, mas só quando forem *justificadas*. E elas somente são justificadas, quando são *proporcionais*.

O objetivo desta seção é mostrar que há uma estrutura racional para o balanceamento enquanto forma de argumentação, e, com mais destaque, enquanto forma de argumentação constitucional¹²⁰. Alexy, para desenvolver essa estrutura, parte de três elementos

¹¹⁶“*Because there are no rational standards for this, weighing takes place either arbitrarily or unreflectively, according to customary standards and hierarchies*”. Apud ALEXY, Robert. (2003): p. 436; e HABERMAS, Jürgen. (1998). *Between Facts and Norms*: p. 259.

¹¹⁷“*Balancing, in the end, boils down to subjective and decisionistic evaluations*”. Apud ALEXY, Robert. (2003): p. 436; e SCHLINK, Bernhard. (2001). *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. In *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*: pp. 445-65.

¹¹⁸ Não é o caso aqui, mas seria possível citar uma quantidade significativa de casos em que se faz uso da técnica do balanceamento no Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo. No Supremo Tribunal Federal Brasileiro é menos comum o uso direto dessa técnica, mas já é possível identificar alguns casos paradigmáticos, como o caso da Ação Direta de Constitucionalidade 9-6 que trata do *acionamento de energia elétrica*, e o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 855-2 que trata da *pesagem de botijões de gás*. Esse último caso, inclusive, é considerado por alguns estudiosos como o caso clássico do uso da regra de proporcionalidade pelo STF.

¹¹⁹ Essa passagem pode ser ainda mais bem entendida quando se observa que sempre há uma restrição geral ao direito fundamental de liberdade dos indivíduos quando o Estado produz uma decisão judicial ou outra.

¹²⁰ O balanceamento (ou sopesamento, ou proporcionalidade em sentido estrito) pode ser entendido mais genericamente como uma das formas de argumentação jurídica. Foi, no entanto, em sede de interpretação constitucional, que a sua estrutura foi elaborada de modo mais sofisticado.

interrelacionados: a Lei do Balanceamento, a Fórmula do Peso e a carga de argumentação¹²¹. O objetivo desta seção é, como já se disse, analisar a estrutura do segundo elemento. Se a estratégia de fornecer uma estrutura racional consubstanciada na “Fórmula do Peso” for bem sucedida, então críticas como a de Habermas e a de Schlink não procedem.

4.1 Forma original e identificação das variáveis

Retorne-se ao enunciado de LSB: “Quanto maior for o grau de não-satisfação de um direito ou de um princípio, tanto maior deve ser a importância de satisfação do outro”¹²². De acordo com Alexy, pode-se reconhecer três estágios a partir de LSB: (a) o primeiro estágio é determinar o grau de não-satisfação de um princípio P_i ; (b) o segundo estágio é determinar o grau de importância em satisfazer um outro princípio P_j ; e (c) o terceiro estágio consiste em estabelecer se o grau de importância em satisfazer P_j justifica o grau de não-satisfação de P_i .

O primeiro e o segundo estágios, isto é, a determinação do grau de não-satisfação de P_i e a determinação do grau de importância em satisfazer P_j são grandezas análogas, pois ambas as operações consistem em estabelecer a importância de cada princípio em questão. Alexy ainda defende que tanto (a), como (b) são comensuráveis a partir de uma escala triádica: *leve*, *moderada* e *séria*. Assim, o grau de não-satisfação ou de importância em satisfazer um princípio pode ser avaliado como *leve* (*l*), *moderado* (*m*) e *sério* (*s*). É relevante notar que a letra “*l*”, nesse contexto, serve também para designar expressões como “*menor*” ou “*fraco*”; a letra “*m*” para designar as expressões “*médio*” ou “*intermediário*”; e a letra “*s*” para designar “*alto*” e “*forte*”.

Há uma outra variável além do grau de importância dos princípios, e que já foi mencionada no texto em seções anteriores. Os princípios podem ter “*pesos abstratos*” distintos. Esse peso abstrato pode derivar tanto de uma ordem hierárquica juridicamente constituída (como em um sistema jurídico que determina expressamente a precedência *prima facie* do direito à vida em relação ao princípio do devido processo legal, por exemplo), ou pode derivar de regras sociais institucionalizadas pelo costume (e.g., algumas Cortes Constitucionais, tendo em vista o passado histórico de seus países, determinam um peso

¹²¹ O nome desse terceiro elemento vem da expressão inglesa “*burden of argumentation*”. Na tradução literal, talvez fosse mais adequada a expressão “ônus de argumentação”. Essa última expressão, porém, é usada de uma forma especial no texto para descrever a precedência *prima facie* de um princípio sobre outro. Assim, é preferível traduzir o termo inglês por “carga de argumentação”. Essa carga de argumentação é sempre necessária quando a Fórmula do Peso indica um empate entre os princípios, ou seja, quando a Fórmula indica uma situação em que ao juiz é permitido exercer uma margem de discricionariedade decisória. Discutir o assunto com mais profundidade, no entanto, extrapolaria o objeto de estudo da presente pesquisa.

¹²² Conforme página 62 deste estudo.

abstrato alto à liberdade de expressão em virtude de sua preservação estar intimamente relacionada com a manutenção da democracia, ou da privacidade).

Há ainda uma terceira variável R , que designa o grau de confiabilidade dos julgamentos empíricos acerca de uma medida M relacionados com o grau de não-realização de P_i e com o grau de realização de P_j em face das circunstâncias concretas do caso. A idéia de que o grau de confiabilidade dos julgamentos empíricos sobre determinada medida M é variável afeta diretamente o peso relativo de cada um dos princípios em rota de colisão. Essa é a razão para considerar R como uma variável relevante na estrutura do sopesamento.

Diante dessas observações, resta ainda uma questão: como todas essas variáveis podem estar relacionadas em uma única estrutura para o balanceamento, isto é, como o grau de não-satisfação de P_i , o grau de importância em satisfazer P_j , o peso abstrato de P_i e de P_j , e o grau de confiabilidade R dos julgamentos empíricos podem estar relacionados com a determinação do resultado definitivo do sopesamento?

Alexy, então, propõe a seguinte “Fórmula do Peso”

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot WP_iA \cdot RP_iC}{IP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC}$$

onde,

$WP_{i,j}C$ e $WP_{j,i}C$ = peso concreto (ou peso relativo) de P_i em relação a P_j ou de P_j em relação a P_i ;

IP_iC e IP_jC = grau de importância em satisfazer P_i e grau de importância em satisfazer P_j ;

WP_iA e WP_jA = peso abstrato de P_i e peso abstrato de P_j ;

RP_iC e RP_jC = grau de confiabilidade dos julgamentos empíricos para a importância de P_i e grau de certeza dos julgamentos empíricos para a importância de P_j .

A Fórmula acima pode ser lida da seguinte maneira: o peso de P_i em relação a P_j diante das circunstâncias concretas C é igual ao quociente entre o produto do grau de importância em satisfazer P_i , do peso abstrato de P_i e do grau de confiabilidade R dos julgamentos empíricos para a importância em satisfazer P_i , e o produto, no denominador, do

grau de importância em satisfazer P_j , do peso abstrato de P_j e do grau de confiabilidade R dos julgamentos empíricos para a importância em satisfazer P_j .

Por último, vale ressaltar que Alexy ainda defende que as variáveis do grau de importância e do peso abstrato podem assumir o valor de números situados em uma seqüência geométrica. Assim, o grau mais baixo da escala triádica *leve* corresponderia ao número 1 (= 2^0), o grau médio (*moderado*) corresponderia ao número 2 (= 2^1) e o grau mais elevado (*sério*) corresponderia ao número 4 (= 2^2). Já a variável do grau de certeza funciona em um padrão distinto. Isso porque quanto menor a incerteza, maior a chance objetiva da importância de satisfação de um certo princípio. Assim, o grau de confiabilidade deve ser preenchido a partir do seguinte padrão: 1 (= 2^0) quando as evidências são confiáveis; $\frac{1}{2}$ (= 2^{-1}) quando as evidências são apenas sustentáveis ou plausíveis; e $\frac{1}{4}$ (= 2^{-2}) quando as evidências apenas não são flagrantemente falsas.

A partir da designação dos referidos valores numéricos às variáveis, torna-se possível chegar a um resultado quantificado que designa o *peso concreto* de P_i em relação a P_j no caso em questão. Se o *peso concreto* de P_i em relação a P_j é maior do que o *peso concreto* de P_j em relação a P_i , então P_i precede P_j , isto é, então P_i deve ser aplicado. Se ocorre a situação inversa, ou seja, se " $WP_{i,j}C < WP_{j,i}C$ ", então P_j deve ser aplicado. Assim, quando uma norma N_1 comanda x e tem como razão (ou justificativa) P_i e uma norma N_2 proíbe x e tem como razão (ou justificativa) P_j , podem ocorrer pelo menos duas possibilidades: (a) quando $WP_{i,j}C > WP_{j,i}C$, N_1 deve ser aplicada, e N_2 deve ser afastada; (b) quando $WP_{i,j}C < WP_{j,i}C$, N_1 deve ser afastada, e N_2 deve ser aplicada.

Antes de proceder à complementação teórica da "Fórmula do Peso", cabe aprofundar um pouco mais nas noções acima comentadas de "importância", de "escala triádica" e de "comensurabilidade".

4.1.1 Delimitando o conceito de "importância"

O conceito de "importância" é um dos conceitos centrais na Fórmula do Peso, sobretudo para compreender as noções de "grau de importância em satisfazer" e "grau de não-satisfação". No item anterior já se disse que ambas são noções correlatas, ou seja, são noções interdefiníveis, pois o grau de importância em satisfazer P_i pode ser definido nos termos do grau de não-satisfação de P_j , e vice-versa. Para uniformizar os conceitos, pode-se denominar ambas as grandezas de "*intensidade de interferência*", representando, na Fórmula, com a letra

“*T*”. Assim, “ IP_iC ” representa a “intensidade da interferência de P_j na realização de P_i diante das condições C ” e “ IP_jC ” representa a “intensidade da interferência de P_i na realização de P_j diante das condições C ”. Essas intensidades de interferência são objetos de avaliação mediante os graus l , m ou s .

Isso posto, o problema ainda continua. É possível construir conceitos de “importância” que envolvam apenas quantidades concretas, ou apenas quantidades abstratas, ou que combinem quantidades concretas e abstratas. A dificuldade que se tem, e.g., de estabelecer uma ordem estrita de valores *in abstracto*, ou seja, de estabelecer uma ordem *completa e fechada* de valores (válida para todos os casos) é a dificuldade que é enfrentada em definir um conceito de “importância” abstrato. Aqui, questiona-se sobre a possibilidade de estabelecer uma ordem completa e fechada de valores consagrados nas normas de direitos fundamentais. Seria possível imaginar uma ordem desse tipo em um alto nível de generalidade. Valores constitucionais como a dignidade, a liberdade e a igualdade estariam, sem dúvida, no topo de qualquer escala de valores constitucionais, pois deles derivam a maior parte (se não todos) dos direitos fundamentais menos genéricos. Quanto se mais se afasta desse alto nível de generalidade, e se mais se aproxima de um baixo nível de generalidade, o problema de estabelecer uma ordem completa e fechada de valores constitucionais vai-se tornando cada vez mais incômodo e mais difícil (e até mesmo impossível de ser solucionado).

Um outro problema tão intrincado quanto o de quais valores devem ser escalonados, é o problema do próprio ranking. É possível construir uma ordem de valores mediante um ranking cardinal e um ranking ordinal¹²³. De um lado, é possível estabelecer uma ordem de valores a partir de uma escala que varie de 0 a 1 (ranking *cardinal*), ou seja, uma escala que contemple os valores pelos seus diferentes *pesos*. De outro lado, é possível estabelecer uma ordem de valores a partir de uma mera escala de posições (ranking *ordinal*), que apenas se concentra em definir uma ordem de preferência (em que se inclui, também, a indiferença quando dois ou mais valores são ordenados na mesma posição).

Diante dessas observações, pode-se inferir que somente um conceito puramente abstrato de “importância” tornaria viável construir uma ordem completa e fechada de valores (*in abstracto*). Quando se desenvolve um conceito misto de “importância”, ou seja, um conceito que combina quantidades concretas e abstratas, não é possível construir uma ordem completa e fechada de valores, mas é muito plausível a idéia da construção de uma ordem *flexível*, em que um valor V_1 , apesar de preceder em abstrato um certo valor V_2 , pode inverter

¹²³ Sobre esse problema em específico, confira: ALEXY, Robert (2002): pp.96 e seguintes.

de posição numa situação concreta. E ainda, quando se imagina um conceito puramente concreto de “importância”, a idéia de “ordem” se torna completamente incompatível, pois somente a partir de circunstâncias concretas se poderia decidir sobre a precedência de um valor sobre outro.

Os valores constitucionais, como reiteradas vezes se defendeu aqui, estão dispostos em uma ordem *prima facie*, ou seja, em uma ordem *flexível* que admite que, mesmo que um valor V1, abstratamente, tenha uma maior importância do que um outro valor V2, essa situação pode inverter-se no caso concreto (i.e., V2 pode ter uma importância concreta maior do que V1). Com efeito, é possível imaginar exemplos na própria ordem constitucional, como uma precedência *prima facie* do direito fundamental à vida em relação ao princípio do devido processo legal. Muitos dos valores constitucionais, contudo, detêm uma mesma posição na ordem de valores. É muito difícil (e talvez até impossível) saber, por exemplo, se a liberdade de profissão goza de uma precedência *prima facie*, diga-se, com relação à liberdade de expressão ou ao direito à intimidade. Parece que, nessa situação, estabelecer uma hierarquia fechada entre valores constitucionais pode tornar-se algo muito oneroso. Assim, é útil pressupor que ambos os valores se encontrem ordenados em uma mesma posição, ou, o que é dizer o mesmo, ambos os valores têm um mesmo peso abstrato. Essa situação de equivalência faz com que as variáveis do peso abstrato (“ WP_iA ” e “ WP_jA ”) na Fórmula do Peso se anulem mutuamente.

Como em grande (talvez até a maior) parte dos casos não há uma diferença entre os pesos abstratos dos princípios de ordem constitucional, a tendência é que o conceito misto de “importância” acabe se convertendo em um conceito *concreto* de “importância”, razão pela qual é útil falar de importância enquanto *importância concreta*. E esse é mesmo o sentido de importância que está presente no enunciado da Lei Substantiva do Balanceamento. Dessa forma, quando se fala de interferências, fala-se sempre de *interferências concretas*. Assim, a intensidade de interferência é sempre uma quantidade concreta.

Esclarecidos esses pontos, pode-se definir a *importância concreta* de P_j como a *intensidade com a qual a não-interferência em P_i interfere em P_j* . A *importância concreta* de P_i , portanto, é a *intensidade com a qual a não-interferência em P_j interfere em P_i* . Essa definição mostra que o conceito de importância concreta de P_j é idêntico ao conceito da intensidade de interferência em P_j caso fosse omitida a interferência em P_i ou que a importância concreta de P_i é idêntica à intensidade de interferência em P_i caso fosse omitida a

interferência em P_j ¹²⁴. Essa possibilidade é interessante, pois a simples omissão de interferência pode contar positivamente para a realização do princípio contraposto. Assim, em LSB é construída uma comparação entre a intensidade de uma interferência *real* e a intensidade de uma interferência *hipotética* (i.e., como seria se a interferência real fosse omitida). A partir dessa interdefinibilidade entre os conceitos, torna-se possível justificar a presença da variável “*T*” em ambos os lados da equação de proporcionalidade.

4.1.2 A Escala Triádica e a sua comensurabilidade

Uma vez definido que o conceito de interferência aqui adotado é o de interferência concreta (real ou hipotética), e que há casos mais ou menos definidos de pesos abstratos entre princípios constitucionais que justificam, em grande parte das vezes, pressupor a sua equivalência, é preciso ainda saber sobre a comensurabilidade dessas “grandezas”, isto é, sobre como e se tais “grandezas” são comensuráveis. Essa questão é relevante, seja para dar conta da utilidade da Fórmula do Peso, seja para rebater a crítica principal que se tem feito a ela, que é a de que intensidades de interferência e graus de importância entre princípios em rota de colisão são incomensuráveis¹²⁵.

Quando se diz que algo é “comensurável”, quer-se dizer que algo é “comparável”. Há comensurabilidade, portanto, sempre que há comparabilidade, ou seja, sempre que há a possibilidade de comparar duas entidades a partir de um ponto de vista comum. Ora, toda a discussão que se trava sobre qual princípio deve prevalecer sobre outro no caso concreto é uma discussão que sempre gira em torno de saber o que é *constitucionalmente correto*. Em outras palavras, o sopesamento gera uma discussão sobre o que é válido decidir tendo como padrão de comparabilidade uma certa Constituição. Quem defende a tese da incomensurabilidade teria de sustentar que não há um ponto de vista a partir do qual dois princípios colidentes pudessem ser comparados entre si, ou seja, teria de sustentar também a tese da impossibilidade da performance de qualquer discurso racional a partir do ponto de vista de certo texto constitucional. Essa posição, obviamente, é muito onerosa, e poderia facilmente levar a um “império da arbitrariedade e do subjetivismo”¹²⁶.

¹²⁴ Guerra formula uma definição para “ I_i ” e “ I_j ” bastante elucidativa, a saber: “ I_i ” = grau de interferência que a conduta C (voltada a realizar o princípio P_j) causa em P_i ; e “ I_j ” = grau de interferência que a omissão da conduta C (voltada a realizar o princípio P_i) causa em P_j . Confira: GUERRA, Marcelo L. (2006): p. 328.

¹²⁵ Cf. ALENIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *The Yale Law Journal* 96: pp. 943-1005.

¹²⁶ Essa mesma posição é compartilhada por Alexy. Veja: ALEXY, Robert (2003): pp. 440 e ss.

De outra parte, além de haver um ponto de vista comum que torna possível a comparação entre princípios colidentes (o ponto de vista da Constituição), há também a possibilidade de construir uma escala que represente critérios que avaliem as vantagens e desvantagens, para a interpretação constitucional, da realização de um princípio em detrimento do outro. Uma escala possível é, por exemplo, aquela referida logo acima entre os graus leve (*l*), médio (*m*) e sério (*s*). Quando se propôs o exemplo da colisão entre o princípio da livre iniciativa das empresas e o princípio da preservação do meio ambiente, elaborou-se a seguinte passagem: “...M2 acarretaria um *grave ônus* para a empresa, pois *interferiria seriamente* em outros direitos fundamentais envolvidos (como no desemprego de vários trabalhadores). E essa *interferência séria*, indiretamente, acabaria por piorar a situação da comunidade. M3, por outro lado, gera um *menor ônus* para a empresa, e não oferece o *risco sério de interferência* [talvez ofereça um *risco moderado*] que M2 oferece...”¹²⁷. Daí se concluiu que M2 gera uma interferência séria (e talvez até *muito séria*) no princípio da livre iniciativa, embora realize em alta medida o princípio da preservação do meio ambiente; e que M3 gera uma interferência *moderada* no princípio da livre iniciativa, embora possa realizar apenas moderadamente o princípio da preservação do meio ambiente.

Desse caso hipotético, torna-se fácil ver que é possível sim inferir racionalmente graus de interferência. No contexto do exemplo, seria inaceitável alguém afirmar que M2 gera apenas uma interferência leve na livre iniciativa, ou que M2 inclusive contribui para a realização do princípio da livre iniciativa das empresas. Essas posições flagrantemente *irracionais* servem como um indício de que existe um certo padrão de racionalidade para avaliar as intensidades de interferência. Com isso não se quer dizer que não há casos extremamente controversos, em que talvez não fosse possível avaliar, com precisão inquestionável, a intensidade de interferência como séria ou moderada ou até mesmo leve. Essa dificuldade, porém, não implica a tese de que o sopesamento de princípios, para usar os termos de Habermas, “ocorre ou arbitrariamente ou irrefletidamente”.

Disso se pode concluir que dois princípios em rota de colisão podem ser comparados (e, assim, podem ter suas importâncias concretas comensuradas)¹²⁸ em face de um ponto de vista comum (o daquilo que é correto para a Constituição) e da construção de uma certa escala de avaliação. Em um modelo escalar triádico (leve, moderado e sério), há três possibilidades em que a interferência em P_i seria maior do que em P_j (e vice-versa), a saber:

¹²⁷ Conforme página 61 deste estudo.

¹²⁸ Ressalte-se que o que torna possível a comparação de dois princípios é a possibilidade de comparação de suas *importâncias concretas* a partir de um ponto de vista comum (a Constituição) e da construção de alguma escala avaliativa.

$I_i > I_j$ ∴ (1) $I_i = s$ e $I_j = l$; (2) $I_i = s$ e $I_j = m$; (3) $I_i = m$ e $I_j = l$.

$I_i < I_j$ ∴ (4) $I_i = l$ e $I_j = s$; (5) $I_i = m$ e $I_j = s$; (6) $I_i = l$ e $I_j = m$.

Além desses casos, há mais três casos em que há um empate nas intensidades de interferência, ou seja, casos que descrevem que a importância concreta de P_i tem um *valor igual* ao da importância concreta de P_j :

$I_i = I_j$ ∴ (7) $I_i = s$ e $I_j = s$; (8) $I_i = m$ e $I_j = m$; (9) $I_i = l$ e $I_j = l$ ¹²⁹.

Esses casos de empate são os casos em que o sopesamento é incapaz de fornecer um resultado, pois ambos os princípios seriam igualmente importantes em serem satisfeitos. Esse é o caso emblemático da discricionariedade judicial, que envolve o importante problema da divisão de competências entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo. Não é objeto deste trabalho, no entanto, discutir esse problema¹³⁰.

Ainda com relação ao modelo de escala, duas questões precisam ser enfrentadas: (a) qual é o modelo mais interessante de escala para o sopesamento, um modelo diádico, triádico ou um modelo n -ádico?; (b) uma vez definido o modelo escalar, seria possível converter os padrões avaliativos em valores numéricos? Se sim, que seqüência numérica mais bem serviria?. Dedico-me, agora, a uma breve análise dessas duas questões.

Quanto à questão (a), se se considera um modelo diádico, ou seja, um modelo que contempla apenas dois graus avaliativos (tais como leve e sério), as opções de resultado reduziriam muito, pois: ou $I_i < I_j$ ∴ $I_i = l$ e $I_j = s$; ou $I_i = I_j$ ∴ $I_i = I_j = s$ ou $I_i = I_j = l$. Esse modelo diádico fornece soluções muito simples, e essas soluções não são plenamente compatíveis com a própria idéia do sopesamento de realizar gradualmente os princípios. Com efeito, a partir desse binômio sério/leve ou o princípio tem uma importância leve, ou o princípio tem uma importância séria. É preciso, para o sopesamento, sempre buscar a noção de um nível intermediário (uma espécie de “caminho do meio”). Assim, qualquer modelo da forma $2n$ -ádico, ou seja, modelos escalares que estabelecem como graus avaliativos uma quantidade par de números não são modelos adequados para representar a estrutura de um

¹²⁹ Seria possível, para simplificar a exposição, demonstrar essas possibilidades da seguinte maneira:

- $I_i \geq I_j$ ∴ (7) $I_i = s$ e $I_j = s$; (8) $I_i = m$ e $I_j = m$; (9) $I_i = l$ e $I_j = l$; (1) $I_i = s$ e $I_j = l$; (2) $I_i = s$ e $I_j = m$; (3) $I_i = m$ e $I_j = l$.

- $I_i > I_i$ ∴ (4) $I_i = l$ e $I_j = s$; (5) $I_i = m$ e $I_j = s$; (6) $I_i = l$ e $I_j = m$.

¹³⁰ Para uma discussão sobre o assunto, veja: ALEXY, Robert (2002): pp. 388-425; e KLATT, Matthias (2007): pp. 506-29.

sopesamento de valores. Dessa forma, é preciso encontrar algum modelo escalar da forma $(2n+1)$ -ádico, ou seja, se houver algum modelo escalar adequado para o sopesamento, esse modelo teria de conferir como graus avaliativos uma quantidade ímpar de números. O próximo candidato seria um modelo triádico com os graus *leve* (*l*), *moderado* (*m*) e *sério* (*s*). Esse é o modelo preferido por Alexy¹³¹. E esse é também o modelo adotado predominantemente aqui. Para justificar essa posição, é conveniente analisar um outro modelo do tipo $(2n+1)$ -ádico, um modelo que, em vez de três, fornece nove graus avaliativos, a saber: (1) *ll*, (2) *lm*, (3) *ls*, (4) *ml*, (5) *mm*, (6) *ms*, (7) *sl*, (8) *sm* e (9) *ss*. Esse modelo “nonádico” é uma expansão do modelo triádico, e, portanto, é um modelo bem mais refinado, pois contempla não mais somente a interferência que é leve, moderada ou séria, mas também interferências que são muito sérias (*ss*), moderadamente sérias (*sm*) e menos sérias (*sl*), interferências que são muito moderadas (*ms*), moderadamente moderadas (*mm*) e levemente moderadas (*ml*), e interferências que são muito leves ou triviais (*ll*), moderadamente leves (*lm*) e seriamente leves (*ls*). Em alguns pontos, esse modelo “nonádico” é até mais interessante do que o modelo triádico, pois permite a classificação das interferências em muito sérias (*ss*), ou em triviais ou muito leves (*ll*). Nesse sentido, tal modelo capta adequadamente o nosso nível de compreensão. Ele, porém, oferece dificuldades de entendimento que o modelo triádico não oferece. Apesar de os extremos serem plenamente compreensíveis, como entender, por exemplo, uma interferência seriamente leve (*ls*) ou uma interferência moderadamente moderada (*mm*)?. O motivo de não ir além de um modelo “nonádico” aqui é bastante óbvio. Se se enfrentam dificuldades de refinamento nesse modelo, em modelos ainda mais detalhados essas dificuldades só aumentariam.

Dessas observações se pode concluir que o modelo “nonádico” pode ser útil em algumas circunstâncias, quando for necessário um maior refinamento para justificar as interferências. Pode ser um modelo interessante para os casos mais difíceis de sopesamento, em que o modelo triádico não seja suficiente.

Quanto à questão (b), a resposta é afirmativa, ou seja, é sim possível converter os graus avaliativos dos modelos triádico ou “nonádico” em valores numéricos. É importante ressaltar que tal conversão não torna a “Fórmula do Peso” uma fórmula matemática, exata e precisa para todos os casos. Isso se justifica pelo fato de que os pontos centrais da Fórmula sempre serão julgamentos acerca dos graus de interferências de um princípio em outro, e não números. De qualquer forma, como se verá, a utilização de números pode ser uma ferramenta

¹³¹ Confira a crítica de Alexy sobre alguns dos modelos no famigerado *Postscript* escrito para a versão inglesa da *Theorie der Grundrechte*: ALEXY, Robert (2002): pp. 388-425.

que produza alguns resultados interessantes. A primeira consideração seria a de que tipo de seqüência usar, uma seqüência aritmética do tipo “1, 2, 3, 4 ..., 9”, ou uma seqüência geométrica do tipo “2⁰, 2¹, 2² ... 2⁸”? Um exemplo bastante simples serve para esclarecer esse ponto: imagine que uma pessoa é condenada à morte em cadeira elétrica por ter jogado lixo no meio da rua, em local não apropriado. Pois bem, a medida de condenar uma pessoa à morte em cadeira elétrica pode ser classificada como uma interferência muito séria (*ss*) na garantia constitucional de liberdade do indivíduo, e a conduta em virtude da qual essa pessoa é condenada, isto é, a conduta de jogar lixo no meio da rua, é uma conduta que configura uma razão muito leve (*ll*) para justificar uma condenação à morte. Se se adota uma seqüência aritmética, a interferência muito séria (*ss*) valeria 9 na escala e a interferência muito leve valeria 1, de modo que o peso concreto do princípio da liberdade individual nesse caso equivaleria ao número 8¹³². Se se adota uma seqüência geométrica, a interferência muito séria (*ss*) valeria 256 e a interferência muito leve valeria 1, de modo que o peso concreto do princípio constitucional da liberdade nesse caso equivaleria ao número 256. A seqüência geométrica parece ser a mais adequada para dar conta da relação de proporcionalidade enunciada na Lei Substantiva do Balanceamento, ou seja, para dar conta da relação de que quanto maior a intensidade da interferência em um princípio, maior deve ser a importância de realizar o outro princípio colidente. Se a intensidade da interferência em um princípio é muito séria, então também deve ser muito séria (alta, grande) a importância de realizar o outro princípio colidente. E essa relação é tanto maior quanto maior for a exigência de proporcionalidade. Um caso como o do exemplo envolve uma exigência que se pode chamar de exigência de “super-proporcionalidade”, de modo que quanto maior for a exigência de “super-proporcionalidade”, “super-proporcionalmente” maior é a intensidade de interferência.

4.2 Complementação teórica e duas possíveis ampliações da “Fórmula”

Nesta seção, tudo o que foi discutido até agora sobre a “Fórmula do Peso”, e sobre o modo como ela estrutura racionalmente o sopesamento de princípios será aprofundado. No item 4.2.1, será introduzida uma versão expandida da “Fórmula do Peso” para tratar de toda e qualquer colisão entre princípios, ou seja, será expandida a versão inicial da “Fórmula” para

¹³² Quando se opta por uma seqüência aritmética, a Fórmula do Peso não mais pode ser compreendida como um quociente, mas sim como uma relação de subtração, a saber: “ $W_{i,j} = I_i - I_j$ ”. Assim, os casos de empate seriam representados quando $W_{i,j} = 0$; os casos em que $I_i > I_j$ seriam representados por valores de $W_{i,j} > 0$; e os casos em que $I_i < I_j$ seriam representados por valores de $W_{i,j} < 0$. Seria difícil, contudo, dispor as outras variáveis relevantes (como o peso abstrato dos princípios e o grau de confiabilidade) numa “Fórmula do Peso” assim representada.

dar conta das colisões envolvendo dois ou mais princípios. No item 4.2.2, será feita uma análise crítica da “Fórmula” apontando para algumas insuficiências, primeiro, na Lei Substantiva do Balanceamento, e, segundo, na noção das variáveis I e R . A partir dessa crítica, no item 4.2.3, será introduzida uma nova versão da “Fórmula do Peso”, agora expandida não como em 4.2.1, mas sim em suas variáveis IP_xC e RP_xC .

4.2.1 A primeira ampliação: conciliando a “Fórmula do Peso” e a colisão entre mais de dois princípios

A “Fórmula do Peso” em sua versão inicial dá conta apenas da estrutura da colisão entre dois princípios. A experiência prática nos casos concretos, porém, revela-se, às vezes, muito mais complexa. É que, em muitos casos, é exigido tomar uma (e somente uma) decisão a partir do sopesamento não de dois, mas sim de mais do que dois princípios colidentes. Dessa forma, é útil notar que a “Fórmula” pode ser facilmente expandida para dar conta de toda e qualquer colisão entre princípios.

Em sua versão inicial, tem-se:

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot WP_iA \cdot RP_iC}{IP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC}$$

Para ampliar a “Fórmula” para mais de dois princípios, é preciso observar dois aspectos:

- (a) pode-se ampliar a “Fórmula” concentrando o foco de análise no princípio P_i , que é o princípio cujo peso concreto está sendo “calculado”. Se assim o for, tem-se

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot WP_iA \cdot RP_iC}{IP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC + IP_hC \cdot WP_hA \cdot RP_hC + \dots + IP_nC \cdot WP_nA \cdot RP_nC}$$

- (b) pode-se ampliar a “Fórmula” sem concentrar o foco de análise em um princípio específico, mas sim em todos os princípios que colidem de um lado e do outro. Esse tipo de ampliação conduz, certamente, a uma posição holista acerca dos direitos fundamentais, que é caracterizada por sua hiper-complexidade. Se assim o for, tem-se

$$WP_{i-m,j-n}C = \frac{IP_1C \cdot WP_1A \cdot RP_1C + \dots + IP_mC \cdot WP_mA \cdot RP_mC}{IP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC + \dots + IP_nC \cdot WP_nA \cdot RP_nC}$$

Tanto em (a), como em (b) são apresentadas ampliações introduzindo uma nova operação na “Fórmula”, que não está prevista em sua versão inicial. É a operação aditiva representada pelo símbolo “+”. A pergunta que resta é: o que pode figurar como parcela na adição representada? Obviamente, cumulam-se princípios. Mas nem todos os princípios são cumuláveis, pois não faz sentido adicionar princípios cujos conteúdos proposicionais a serem otimizados colidem. Assim, uma condição para que um princípio figure cumulativamente a outro na “Fórmula” é que os dois princípios tenham seus conteúdos proposicionais materialmente distintos, ou seja, a realização de um princípio não deve interferir em grau algum na realização do outro princípio. Essa condição pode ser denominada de “regra da heterogeneidade”. Essa regra traz para dentro da “Fórmula” toda a complexidade inerente à técnica do sopesamento, pois é de se perguntar se existe algum modo de identificar a heterogeneidade de um princípio em relação a outro. Se a heterogeneidade fosse uma questão de “tudo-ou-nada”, a referida complexidade se reduziria bastante. Acontece que, talvez, um princípio seja apenas *mais* ou *menos* heterogêneo do que outro, pois a realização de todo princípio talvez não simplesmente limite ou não limite a realização de um outro princípio, mas sim limite *mais* ou *menos*. Uma saída possível seria traçar uma distinção entre dois tipos princípios: princípios que comandam direitos individuais e princípios que comandam bens coletivos¹³³. Essa distinção não resolve completamente o problema, mas já dá conta de boa parte dele. É que não é suficiente admitir que um princípio comandando um direito individual, e outro princípio comandando um bem coletivo nunca vão colidir pelo fato de cada um

¹³³ Essa distinção está muito bem desenvolvida em: ALEXY, Robert (1995). *Individuelle Rechte und Kollektive Güter*: pp. 232-61. Esse texto tem tradução para o espanhol e pode ser conferido em: ALEXY, Robert (1994): pp. 179-208.

comandar conteúdos proposicionais materialmente distintos. Isso também porque sempre há de ter-se em conta que, em algumas circunstâncias concretas, é possível sim que um princípio consagrador de um direito individual limite a realização de um princípio consagrador de um bem coletivo, e vice-versa.

Como quer que seja, a versão ampliada da “Fórmula do Peso” é muito útil para expor o quadro altamente complexo de uma situação real de sopesamento entre princípios, que dificilmente poderia ser tão bem acessada através de estratégias menos formais.

4.2.2 Revisão crítica e o problema das variáveis “I” e “R”

Neste sub-item, procedo a uma revisão crítica de alguns pontos da teoria de Alexy que podem ser reformulados com os avanços obtidos na “Fórmula do Peso”. Em seguida, atendo especialmente para a necessidade de um avanço que pode ser dado nas variáveis *I* e *R* da “Fórmula”. Esse avanço dá origem à segunda ampliação da “Fórmula do Peso”, que será feita no próximo item.

Em primeiro lugar, o objetivo central da “Fórmula do Peso” é fornecer uma estrutura racional para estabelecer uma relação condicional de precedência entre um princípio P_i e um princípio P_j diante das circunstâncias do caso concreto. A versão inicial da “Fórmula” reconhece três variáveis: os graus de importância (*I*), os pesos abstratos (*WA*) e os graus de confiabilidade dos julgamentos empíricos (*R*). Se em toda e qualquer situação de sopesamento todas as três variáveis devem ser levadas em consideração, talvez seja útil elaborar uma reformulação da Lei Substantiva do Balanceamento¹³⁴, que, *in potentia*, é a lei que contém implicitamente todas as variáveis tornadas explícitas na “Fórmula do Peso”.

Assim, no enunciado inicial de LSB, tem-se que:

(LSB) Quanto maior for o grau de não-satisfação de um direito ou de um princípio, tanto maior deve ser a importância de satisfação do outro;

A proposta aqui é que seja substituído esse enunciado inicial da LSB pelo seguinte enunciado:

¹³⁴ Note que afirmar que em toda e qualquer situação de sopesamento todas as três variáveis devem ser levadas em consideração não implica afirmar que as variáveis, pelo fato de eventualmente terem valores (pesos) idênticos, não possam se anular mutuamente.

(LSB)₁ Quanto maior for o peso concreto do princípio P_i com relação ao princípio P_j diante das circunstâncias concretas do caso, tanto maior deve ser o peso concreto de P_j com relação a P_i diante das circunstâncias concretas do caso¹³⁵;

Esse novo enunciado da LSB pode ser posto na simbologia da “Fórmula” da seguinte maneira:

$$WP_{i,j}C \leq WP_{j,i}C \quad \therefore \quad \frac{IP_iC \cdot WP_iA \cdot RP_iC}{IP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC} \leq \frac{IP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC}{IP_iC \cdot WP_iA \cdot RP_iC}$$

Para que essa relação fique ainda mais explícita e compreensível, cabe recorrer ao auxílio de um caso concreto hipotético. Imagine que o filho de um casal contraiu uma doença muito grave, e que sua vida depende de uma transfusão de sangue imediatamente. Os pais, por motivos de convicção religiosa (por serem, diga-se, seguidores das testemunhas de Jeová), recusam doar sangue para seu filho e também recusam qualquer doação de sangue de outra pessoa. Há, nesse exemplo hipotético, uma colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. É possível decidir o caso em favor da transfusão, e contra a liberdade religiosa dos pais, e estar sendo constitucionalmente correto? Imagine ainda que a Corte considere, no modelo triádico, o grau de não-satisfação do direito à liberdade religiosa (P_i) como sério (= 2^2) e a importância de realizar o direito à vida (P_j) também como séria (= 2^2). Considere ainda que a Corte toma o peso abstrato do direito à vida (P_j) como alto (= 2^2) e o peso abstrato do direito à liberdade religiosa (P_i) como moderado (= 2^1); por fim, a Corte também toma como confiáveis os julgamentos empíricos acerca da importância de satisfação de ambos os princípios (= 1). Vertendo esses dados na “Fórmula”, tem-se

$$\frac{2^2 \cdot 2^1 \cdot 1}{2^2 \cdot 2^2 \cdot 1} \leq \frac{2^2 \cdot 2^2 \cdot 1}{2^2 \cdot 2^1 \cdot 1} \quad \therefore \quad \frac{8}{16} \leq \frac{16}{8} \quad \therefore \quad \frac{1}{2} \leq 2$$

Disso se conclui que, no caso em tela, “ $WP_{i,j}C < WP_{j,i}C$ ”, ou seja, que deve ser autorizada a transfusão de sangue em detrimento da liberdade religiosa dos pais, pois o peso

¹³⁵ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos (2007): p. 105.

concreto do direito à vida (P_j) é maior do que o peso concreto do direito contraposto à liberdade religiosa (P_i). A resposta à pergunta inicial é que, como a prevalência do direito à vida em relação ao direito à liberdade religiosa diante das circunstâncias concretas C preenche todos os requisitos exigidos na $(LEB)_1$, deve ela ser considerada proporcional, e, portanto, constitucionalmente possível.

Cabe, agora, tecer uma breve, mas importante crítica à idéia de Alexy sobre os graus de importância dos princípios colidentes. Como se disse anteriormente, é certo que, em algumas situações, pode-se performar julgamentos racionais acerca dos graus de importância e de intensidade de princípios em rota de colisão. Há casos, porém, em que tais julgamentos são mais difíceis de serem performados, pois as premissas fáticas e normativas tomadas em consideração para determinar a importância dos princípios são, elas mesmas, incertas. Sendo essas premissas incertas, seria muito útil inserir algumas outras variáveis na “Fórmula” para que o grau de importância dos princípios não seja objeto de discrepâncias tão incontrolláveis.

Para esclarecer esse ponto, considere, mais uma vez, o exemplo acima da colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. A liberdade religiosa tem uma maior importância para quem vivenciou subjetivamente uma experiência de cunho religioso, do que para quem não a vivenciou, ou seja, o peso abstrato da liberdade religiosa não dependeria somente de uma ordem pré-estabelecida de valores, mas também de aspectos subjetivos do próprio indivíduo que o quantifica. Se isso for tomado em consideração, então o grau de interferência na liberdade religiosa é avaliado a partir de perspectivas distintas a depender do modo como cada pessoa experiencia a sua fé. Assim, um juiz, que tem um perfil religioso, pode tomar uma decisão diferente da decisão tomada pela Corte do exemplo, isto é, um juiz pode, em virtude de sua experiência pessoal, não autorizar a transfusão de sangue, e proteger a liberdade religiosa dos pais. O juiz estaria proferindo uma decisão que, assim como a anterior, pode ser classificada como constitucionalmente possível. Esse exemplo traduz uma dificuldade no que concerne à incerteza de premissas fáticas. Essa mesma dificuldade é encontrada em premissas normativas. Um exemplo disso é que uma censura por parte do Poder Público à circulação de uma Revista qualquer de fofocas poderia, a partir da versão inicial da “Fórmula”, ter um mesmo grau de interferência do que uma censura do Poder Público à liberdade de expressão de certos cientistas políticos que criticam ferozmente o governo.

Isso posto, pode ser importante introduzir divisões para dar conta tanto das dificuldades inerentes às premissas fáticas, como às premissas normativas. Quanto às últimas, pode-se fazer uma divisão entre (a) o peso da relevância das posições dos princípios, tendo

como ponto de vista o conceito de pessoa que qualquer sistema jurídico deve pressupor; e (b) a importância da posição normativa (*PN*) em questão, tendo como ponto de vista o conteúdo dos princípios relevantes para o caso¹³⁶. Com relação a (a), na ordem constitucional brasileira, por exemplo, os direitos de liberdade, em geral, têm um “grande significado”, razão pela qual uma violação desses direitos por parte do Poder Público deve ser tida como séria. Quanto maior o “significado” desses direitos, mais grave deve ser a interferência de atos do Poder Público tendentes a restringi-los. Com relação a (b), pode-se dizer que uma restrição do acesso de crianças à educação básica é mais séria do que uma restrição de acesso a cursos de pós-graduação. Da mesma forma se pode dizer que uma restrição à circulação de uma Revista de fofocas por parte do Poder Público é menos séria do que a restrição à liberdade de expressão de cientistas políticos que critiquem fortemente o governo.

Quanto às premissas fáticas, elas estão diretamente relacionadas com a variação da importância que o caso concreto é capaz de conferir aos princípios em rota de colisão. Essa variação pode ocorrer de diversas formas, como: na *eficiência* (*E*), na *velocidade* (*Ve*), na *probabilidade* (*P*), no *alcance* (*A*) e na *duração* (*D*)¹³⁷. Com efeito, quanto mais eficiente, rápido, provável, difuso e longo for o ato do Poder Público para a satisfação ou para a não-satisfação dos princípios em rota de colisão, tanto maior será a importância desses princípios.

Essas observações afetam tanto a variável *I*, como a variável *R* na “Fórmula do Peso”, pois precisam elas ser expandidas para dar conta desses complementos. É o que farei no próximo item.

4.2.3 A segunda ampliação: expandindo as variáveis IP_xC , RP_xC e WP_xA

Tendo em conta as considerações acima, já se pode, inicialmente, fornecer uma releitura ampliada da variável IP_xC na Fórmula. Ressalte-se que essa releitura vale tanto para IP_iC , como para IP_jC , a saber:

$$IP_iC = (SP_iC \cdot PNP_iC) \cdot (EP_iC \cdot VeP_iC \cdot PP_iC \cdot AP_iC \cdot DP_iC)$$

$$IP_jC = (SP_jC \cdot PNP_jC) \cdot (EP_jC \cdot VeP_jC \cdot PP_jC \cdot AP_jC \cdot DP_jC)$$

¹³⁶ Essas observações foram brilhantemente intuídas por Bernal Pulido em seu texto *On Alexy's Weight Formula* (2007). Remeto também à leitura obrigatória da sua tese de doutoramento sobre a proporcionalidade: BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad e los derechos fundamentales*, 2004.

¹³⁷ Cf. BERNAL PULIDO, C. (2004): pp. 763 e seguintes.

O mesmo problema discutido para IP_xC repercute na variável RP_xC e até mesmo na variável WP_xA . É que se pode dividir o problema da confiabilidade R em problema da confiabilidade das premissas empíricas (RE) e problema da confiabilidade das premissas normativas (RN). Por sua vez, o problema das premissas normativas pode ser dividido em problema das premissas normativas relacionadas à intensidade de interferência ($RNIP_xC$) e problema das premissas normativas relacionadas ao peso abstrato ($RNWP_xA$). Dessa forma, tem-se:

$$RP_iC = REIP_iC \cdot (RNIP_iC \cdot RNWP_iA)$$

$$RP_jC = REIP_jC \cdot (RNIP_jC \cdot RNWP_jA)$$

Com essas ampliações, a “Fórmula do Peso” em sua versão inicial para a colisão entre dois princípios ficaria assim disposta:

$$WP_{i,j}C_{(ampliada)} =$$

$$\frac{[(SP_iC \cdot PNP_iC) \cdot (EP_iC \cdot VeP_iC \cdot PP_iC \cdot AP_iC \cdot DP_iC)] \cdot WP_iA \cdot [REIP_iC \cdot (RNIP_iC \cdot RNWP_iA)]}{[(SP_jC \cdot PNP_jC) \cdot (EP_jC \cdot VeP_jC \cdot PP_jC \cdot AP_jC \cdot DP_jC)] \cdot WP_jA \cdot [REIP_jC \cdot (RNIP_jC \cdot RNWP_jA)]}$$

Essa é a versão mais ampliada possível da “Fórmula do Peso”. Como se vê, ela procura deixar *explícitas* todas aquelas variáveis que podem ser relevantes na performance do método da proporcionalidade. No próximo item, analisarei até que ponto uma tentativa como essa da “Fórmula” pode ser útil para o discurso jurídico, cuja racionalidade é muito mais precária do que a racionalidade do discurso desenvolvido, por exemplo, nas chamadas ciências naturais “do tipo duro” (como a física, a química etc.).

4.3 (Re-)colocação das questões a serem enfrentadas: a “Fórmula” e os limites de sua racionalidade

O objetivo deste item é, precisamente, cumprir com a tarefa indicada já na Introdução de analisar *em que medida* a correta aplicação do método da proporcionalidade (e, em especial, da proporcionalidade em sentido estrito na “Fórmula do Peso”) garante a possibilidade de *controlar racionalmente* as decisões judiciais em matéria de restrição a direitos fundamentais.

Como se reiterou várias vezes no texto, a racionalidade do método da proporcionalidade não está em garantir um único resultado para toda e qualquer situação em que ela possa ser aplicada, mas sim em garantir um procedimento explícito que tem algum padrão mais ou menos definido de correção e de avaliação, ou seja, o método da proporcionalidade é capaz de garantir apenas uma *racionalidade possível* para as decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais. Demonstrar, como se acredita ter-se demonstrado aqui, que é possível estabelecer padrões racionais que servem de controle para essas decisões é suficiente para refutar as críticas de autores como Habermas e Schlink, que defendem que, no final, o método da proporcionalidade é performado irracionalmente ou irrefletidamente. Esses padrões racionais, no entanto, não garantem uma *racionalidade total*, ou seja, não garantem uma previsibilidade completa do resultado em toda e qualquer decisão judicial que solucione colisões entre direitos fundamentais. E não há motivo para que seja diferente disso. É que na “Fórmula do Peso” fica explícito a necessidade de assegurar uma margem ineliminável de discricionariedade para o julgador.

O caso dos pesos abstratos dos princípios pode ser usado para justificar essa situação. O “cálculo”¹³⁸ do peso abstrato é uma variável muito singular, e depende diretamente da posição do juiz sobre temas muito complexos e controversos como o conceito de Constituição, a função do Estado na sociedade e o conceito de justiça. É possível, como se disse, imaginar que o direito à vida tenha um peso abstrato do mais alto valor (4) em um sistema constitucional como o brasileiro. Seria possível discutir se a direitos mais proximamente relacionados com a dignidade humana e com a democracia não seria também adequado adscrever o mesmo alto valor (4) que se confere ao direito à vida. Essa discussão poderia ser ampliada, e tornar-se-ia útil questionar se o referido alto valor seria adequado para todos os direitos relacionados com a dignidade e com a democracia, ou somente para alguns deles, a depender do seu grau de conexão. Nesse sentido, outra questão seria relevante: e qual valor seria adequado conferir ao peso abstrato do princípio da igualdade material, e não meramente formal? Essas questões deixam claro que a quantificação do peso abstrato conforme o modelo triádico de escala, muitas vezes, depende diretamente da ideologia do próprio julgador.

Além dos limites de racionalidade na quantificação do peso abstrato, podem-se citar os limites de racionalidade no momento de determinar o grau de confiabilidade dos julgamentos empíricos. Em primeiro lugar, há um limite epistemológico ineliminável a todo ser humano,

¹³⁸ Faço uso da expressão “cálculo” entre aspas para firmar a idéia de que uso o termo de modo metafórico, pois não se faz, na Fórmula do Peso, um cálculo tal como é realizado na matemática, por exemplo.

em virtude da limitação da habilidade perceptiva de seus sentidos. Em segundo lugar, é bastante difícil a um juiz determinar a confiabilidade dos julgamentos empíricos a partir de todas aquelas variáveis (eficiência, velocidade, probabilidade, alcance e duração) ao mesmo tempo, seja porque em muitos dos casos algumas dessas variáveis se encontram mais acessíveis (previsíveis) do que outras¹³⁹, seja porque a própria combinação dos valores conferidos a elas é uma tarefa bastante complexa. Imagine que, em uma dada situação, um ato do Poder Público em face da satisfação de um certo princípio P_i tem a sua pequena eficiência considerada como confiável (=1), a sua alta velocidade como plausível (= 1/2), a sua alta probabilidade como confiável (= 1), o seu amplo alcance como apenas não empiricamente falso (= 1/4) e a sua média duração como plausível (= 1/2). Dessa situação, surgem pelo menos duas questões intrigantes: (i) como, então, ficaria a confiabilidade R dos julgamentos empíricos acerca do referido ato do Poder Público?; (ii) e se fosse possível chegar a um mesmo resultado para R permutando os valores das variáveis entre si, seria a confiabilidade R maior, igual ou menor do que a anterior?

Essas e outras questões não podem ser respondidas pela “Fórmula do Peso”. A função principal da “Fórmula” não é ir de encontro aos limites de racionalidade inerentes à própria natureza humana, mas sim fornecer uma estrutura argumentativa clara, visando deixar *explícito* todo o quadro de variáveis distintas que devem ser tomadas em consideração e que tipo mais preciso de questões devem ser respondidas para que se performe um método racionalmente controlável para a proporcionalidade em sentido estrito. Com a “Fórmula do Peso” é possível reconhecer todos os elementos que um juiz deve ter em consideração para decidir uma colisão entre direitos fundamentais, e até reconhecer a indicação de um modo adequado para justificar essas decisões.

Por fim, os avanços obtidos com a “Fórmula do Peso” servem para mostrar que a proporcionalidade é um instrumento muito mais complexo do que muitas vezes se imagina. Certamente, não se pode tomar o método da proporcionalidade enquanto um mero instrumento de retórica vazia, como infelizmente se tornou comum em muitos doutrinadores

¹³⁹ Essa dificuldade revela apenas que o conhecimento empírico do juiz é limitado, e, convém notar, é limitado de uma maneira bastante especial: mediante *meta-representações*. Com efeito, se se admite a possibilidade de um acesso direto aos fatos, um juiz, ao decidir o caso, somente tem acesso a representações desses fatos, que, por sua vez, resultam de representações (de representações de representações etc) feitas desses fatos por outras pessoas. Assim, um juiz parece ter acesso somente a representações de representações de representações (...) de fatos, ou seja, parece ter acesso somente a *meta-representações*, o que, por si só, limita substancialmente o seu acesso aos fatos, e, portanto, a sua capacidade de performar um julgamento *completamente confiável*. Para uma abordagem do problema das meta-representações em ciências cognitivas, confira: SPERBER, Dan. (ed.). *Metarepresentations: a Multidisciplinary Perspective*, 2000.

brasileiros. O método da proporcionalidade, com efeito, envolve questões muito complexas que devem ser enfrentadas com a devida seriedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não levantei a pretensão de certeza em nenhum momento deste trabalho. O objetivo central foi trazer à discussão nacional alguns dos pontos mais relevantes e intrincados no que concerne ao uso do método de proporcionalidade nas decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais. Esse objetivo central se refletiu, de um lado, em uma exposição crítica acerca da distinção entre princípios e regras, sobretudo aquela que advoga uma diferença de estrutura lógica, e, de outro, no uso dessa base teórica para demonstrar a tese de que a proporcionalidade é um método racional para solucionar colisões entre direitos fundamentais. Se essa monografia for capaz de suscitar uma inquietação nos leitores, o seu propósito terá sido suficientemente cumprido. É que dois dos pontos centrais que me motivaram a elaborar este trabalho foram o de estimular o dissenso e o de contribuir positivamente para a renovação e o aprofundamento de algumas das visões mais recorrentes no Brasil acerca da teoria dos direitos fundamentais.

Com efeito, muitas das questões enfrentadas não foram respondidas por completo. Isso, no entanto, não é uma deficiência deste estudo, mas até uma qualidade. É que sempre que suscitei questões intrincadas, também procurei deixar claro todos os caminhos possíveis que poderiam ser percorridos para se chegar a uma resposta coerente. Alguém pode criticar afirmando que não se atentou devidamente para a reconstrução de casos práticos, e que, portanto, o trabalho tenha resultado em uma “aventura teórica”. Realmente não foi possível desenvolver detalhadamente a análise de casos práticos para esta pesquisa, seja em virtude do limite de tempo, seja em virtude de que o objetivo central desta monografia é um objetivo que antecede a referida análise prática, a saber: o objetivo de fornecer um aparato teórico suficientemente complexo para dar conta dos casos práticos. Ora, se não se tem um aparato teórico suficientemente bem articulado, tampouco a análise de casos práticos seria rentável. Fica o compromisso, para uma próxima oportunidade, consoante ao que apontei na nota de rodapé no. 2, de elaborar uma (re-)construção da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do modelo teórico aqui fornecido. De qualquer forma, esta monografia aponta também para uma necessidade de *estabelecer um programa de pesquisas consistente* acerca do uso da idéia de proporcionalidade nas decisões judiciais, que alie, de um lado, um modelo teórico bastante definido como o aqui proposto, e, de outro, a experiência sempre enriquecedora de um estudo atento e constante de vários dos casos práticos analisados nos tribunais brasileiros, em geral, e no STF, em particular.

Como quer que seja, uma conclusão bastante geral que pode ser extraída é que, em sede de colisão entre direitos fundamentais, “*a resposta certa é que não há resposta certa*”. E que, mesmo não sendo possível prever uma única resposta correta, é bem possível estabelecer padrões racionais de correção das decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais. Para não ser cansativo, restrinjo-me a listar aqui um conjunto de teses e conclusões que se afiguram como mais importantes para uma compreensão clara de pontos mais específicos deste estudo, e que são, de uma forma ou de outra, posições que podem gerar controvérsias mais interessantes, a saber¹⁴⁰:

a) Quanto à distinção entre princípios e regras:

a.1) regras nunca são aplicadas diretamente via *ponderação*, mas o podem ser *indiretamente*. Isso porque essa ponderação indireta para aplicar regras aos casos concretos se refere, na verdade, a uma *colisão de princípios*, em que um deles necessariamente é um princípio *substantivo* que serve de *justificativa ‘de conteúdo’* (P_j) para a regra R ;

a.2) princípios *nunca ou são otimizados ou não são otimizados*, já que é admissível, no plano teórico, a *otimização de dever ser otimizado*, ou melhor, é admissível o dever de otimizar a *realização (no plano concreto)* de um conteúdo ideal que *deve ser otimizado (no plano ideal)*;

a.3) um ato de fala pode ser definido como:

ATO DE FALA_{def.} = $F(p)$ (= indicador de força ilocucionária + indicador de conteúdo proposicional)

E, analogamente, um ato normativo pode ser definido como:

ATO DE FALA NORMATIVO_{def.} = Força Ilocucionária *Prescritiva* + Conteúdo Proposicional (= conduta a ser seguida/estado de coisas a ser perseguido);

a.4) A posição sustentada por Alexy dos princípios enquanto mandamentos de otimização e das regras enquanto mandamentos definitivos, tomando em conta a.3) é uma distinção combinada ao nível da força ilocucionária e do conteúdo proposicional, ou seja, é uma distinção tanto no *modo de comandar* como no *tipo de objeto que é comandado*. Ela pode ser lida da seguinte maneira:

¹⁴⁰ A exposição muito breve dessas conclusões não exige, obviamente, a necessidade de atentar mais para a leitura do texto por completo do que para as conclusões citadas, pois é no texto que os argumentos são mais bem desenvolvidos e esclarecidos.

- Princípios são normas que têm, em sua estrutura, uma força ilocucionária *de otimização* (*flexível, aberta*) e um conteúdo proposicional altamente complexo, pois está consubstanciado em um *estado de coisas ideal*, cuja característica de destaque é a de não ser *possível de ser perseguido completamente no plano real*, embora nunca deva ser *completamente impossível de ser seguido* (*deve poder ser seguido pelo menos em parte*);

- Regras são normas que têm, em sua estrutura, uma força ilocucionária *definitiva* (*absoluta, fechada*) e um conteúdo proposicional bem menos complexo do que os dos princípios, pois está consubstanciado em um *estado de coisas real* ou em uma conduta (ou grupo de condutas) *possíveis de serem seguidos completamente*;

a.5) Uma colisão de princípios é solucionada de modo inteiramente distinto do conflito de regras, pois, enquanto uma colisão de princípios é solucionada mediante *ponderação*, o conflito de regras é solucionado ou declarando a invalidade de uma das regras, ou inserindo uma cláusula de exceção em uma delas. A colisão de princípios é solucionada mediante a construção de uma *relação de precedência condicionada* entre um princípio P_i e um princípio P_j que pode ser assim representada: $(P_i \mathbf{P} P_j)C$ ou $(P_j \mathbf{P} P_i)C$. Essa simbologia deve sempre ser lida da seguinte forma: P_i prevalece sobre P_j diante das condições C . Além disso, há uma característica marcante dos princípios enquanto deveres *prima facie*. Quando um princípio P_i prevalece *prima facie* sobre um outro princípio P_j , isso se traduz na idéia de que, em face das circunstâncias concretas, o ônus argumentativo para justificar a realização de P_j em detrimento de P_i é maior do que o ônus argumentativo para justificar a relação inversa, ou seja, para justificar a realização de P_i em detrimento de P_j ;

b) Quanto à questão terminológica da proporcionalidade:

b.1) A proporcionalidade é *normativamente necessária* como método adequado para solucionar a colisão concreta de dois deveres *prima facie*. Assim, o dever de proporcionalidade pode ser justificado ou fundamentado a partir do caráter de otimização dos princípios, e vice-versa;

b.2) O dever de adequação, ao definir se um meio M realiza ou não realiza os estados de coisas ideais de ambos os princípios colidentes tem a estrutura de regra, pois se aplica *definitivamente*. Ou o meio M realiza os estados de coisas ideais de ambos os princípios colidentes, e então M é adequado, ou M não realiza esses estados de coisas ideais, e então M

não é adequado. O dever de necessidade, ao determinar no espaço de escolha entre os meios igualmente adequados para satisfazer um certo princípio aquele(s) meio(s) que menos interfere(m) na não-realização do outro princípio colidente, também se aplica como um dever definitivo. Assim, ou M1 é necessário, e então os demais meios igualmente adequados (M2, M3 etc) *não devem ser escolhidos* (porque não necessários, apesar de adequados), ou M1 não é necessário, e então algum outro meio dentre os restantes no espaço amostral (M2, M3 etc) *deve ser escolhido* como o meio necessário. O dever de proporcionalidade em sentido estrito não difere da adequação e da necessidade. Com efeito, a proporcionalidade em sentido estrito (ou a ponderação propriamente dita) tem como resultado uma *regra de preferência condicionada do tipo: (P_iP P_j)C*. Dessa forma, todos os sub-elementos do dever de proporcionalidade são aplicados como tendo a estrutura de *regras*, razão pela qual se prefere a expressão “*regra de proporcionalidade*” em detrimento de “*princípio de proporcionalidade*”;

c) Quanto à estrutura da regra de proporcionalidade:

c.1) A regra de proporcionalidade, enquanto uma regra ‘de procedimento’, não oferece um suporte teórico para a tese da única resposta correta na aplicação do Direito, ou seja, para a tese de que *sempre é possível alcançar uma única resposta correta na aplicação do Direito*. O método da proporcionalidade garante apenas uma *racionalidade possível*, e não uma racionalidade total das decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais. Essa racionalidade possível deriva do fato de a regra de proporcionalidade comandar um procedimento que permite afastar aquelas soluções que são *juridicamente impossíveis* e identificar com clareza aquelas soluções que são *juridicamente necessárias*. Entre as soluções juridicamente impossíveis e as juridicamente necessárias, resta uma área para o que é apenas *juridicamente possível*, que pode (e deve) ser reservada à discricionariedade dos julgadores;

c.2) As sub-regras de proporcionalidade podem ser assim brevemente compreendidas:

- Regra da adequação: a medida é adequada quando ela é pelo menos ou *mais intensa*, ou *melhor*, ou *mais certa* do que pelo menos uma das outras medidas em questão. Isso não implica decidir definitivamente, já em sede de adequação, sobre qual medida é a mais adequada. O que se propõe é a realização de um *exame de pré-necessidade*;
- Regra da necessidade: serve para definir quais meios, dentre aqueles considerados “adequados”, são os *mais adequados*, porquanto *necessários*. Possui um alto grau de relatividade, pois os meios não são mais determinados somente a partir do grau de realização

de um certo princípio P_i , mas também a partir do grau de não-interferência em um outro princípio P_j . A regra de necessidade exige que o(s) meio(s) escolhido(s) seja(m) aquele(s) que *menos interfere(m)* na realização do princípio P_j , mesmo que, para isso, o princípio P_i tenha de ser realizado em uma menor medida;

- Regra da proporcionalidade em sentido estrito: será sempre necessária quando a realização de um certo princípio P_i promova a não-realização de um outro princípio P_j , ou seja, o sopesamento sempre é necessário quando a realização de um princípio P_i implica custos (prejuízos) para a realização de um outro princípio P_j . Ela pode ser mais claramente compreendida através de uma “Fórmula do Peso”;

c.3) O método do sopesamento pode ser enunciado, genericamente, a partir de duas leis:

- $(LSB)_1$: Quanto maior for o peso concreto do princípio P_i com relação ao princípio P_j diante das circunstâncias concretas do caso, tanto maior deve ser o peso concreto de P_j com relação a P_i diante das circunstâncias concretas do caso;

- e (LEB) : Quanto mais forte pesa uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza de suas premissas justificantes;

A (LEB) , porém, pode ser interpretada de pelo menos duas maneiras distintas:

- $(LEB)_1$: Quanto mais sério for o grau de não-satisfação de um princípio, maior deve ser a chance objetiva de realizar um outro princípio colidente a um grau suficientemente alto;

- $(LEB)_2$: Quanto mais sério for o grau de não-satisfação de um princípio, maior deve ser a confiabilidade na análise prévia feita pelo corpo legislativo de que um outro princípio colidente será realizado em um grau suficientemente alto;

c.4) Essas leis pode ser dispostas em conjunto numa “Fórmula ‘metafórica’ do Peso”, em que se deixa explícito todas as variáveis relevantes a serem consideradas quando da solução de uma colisão entre direitos fundamentais. Admitem-se várias versões da mesma “Fórmula”, uma mais simples para expressar a colisão entre dois princípios, e versões ampliadas para expressar a colisão entre mais de dois princípios. Essa “Fórmula do Peso” desempenha uma função analítica muito importante, e que não deve desprezada. Apesar disso, ela é limitada, e, mesmo assegurando uma estrutura racionalmente controlável para as decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais, não serve para prever resultados substantivos, mas apenas para garantir um procedimento racionalmente controlável;

Eis algumas das principais conclusões alcançadas e teses defendidas nesta investigação. Essa lista é meramente exemplificativa de tudo que foi discutido com mais profundidade ao longo do texto. Assim, não se deve medir o teor do trabalho somente pela observação dessa lista. Como quer que seja, procurei cumprir na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e normativas, a minha promessa motivada pelo (e no) mote deste estudo, inspirado nas palavras muito ponderadas de T.S Elliot, as quais, agora, traduzo livremente: “...ambos um novo mundo e o velho mundo tornados explícitos.../Nós não devemos parar de explorar/E o fim de toda a nossa investigação/Será chegar no ponto em que nós iniciamos/E conhecer o lugar pela primeira vez.”¹⁴¹.

¹⁴¹ “...both a new world/and the old made explicit.../We shall not cease from exploration/And the end of all our exploring/Will be to arrive where we started/And know the place for the first time”. T.S. Elliot, “Four Quarters”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. Taking Rules Seriously. In **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**. Vol. 42, 1990, pp. 180-92.
- ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. In **The Yale Law Journal** 96, pp. 943-1005.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Luís Afonso Heck (trad.), 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. In **Ratio Juris**, vol. 16, no. 4, 2003, pp. 433-49.
- _____. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. In **Ratio Juris**, vol. 16, no. 2, 2003, pp. 131-40.
- _____. Postscript. In **A Theory of Constitutional Rights**. Julian Rivers (trad.), 1ªed. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 388-425.
- _____. On the structure of legal principles. In **Ratio Juris**, vol. 13, no. 3, 2000, pp. 294-304.
- _____. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In **Recht, Diskurs, Vernunft: Studien zur Rechtsphilosophie**. 1ªed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, pp.177-212.
- _____. **El Concepto y la Validez del Derecho y otros ensayos**. 1ªed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994.
- _____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Ernesto G. Valdés (trad.). 1ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. In **DOXA: cuadernos de Filosofía del Derecho**, no. 05, 1988, pp. 139-51.
- ANDERSON, B. **“Discovery” in Legal Decision-Making**. Dordrecht: Kluwer Academics, 1996.

- ATIENZA, Manuel; e MANERO, Juan R. **Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel Editora, 2004.
- _____. Sobre principios y reglas. In **DOXA: cuadernos de Filosofía del Derecho**, no. 10 – Vol. 4, 1991, pp. 101-20.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- AUSTIN, John L. **How to Do Things with Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1975.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BROZEK, Bartosz. The Weight Formula and Argumentation. In George Pavlakos (ed.) **Law, Rights and Discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**, 1ªed. Oxford: Hart Publishing, 2007, pp. 319-30.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ªed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. In **DOXA 21 - Vol. II.**, 1998, pp. 89-104.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. 9ªed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Edson Bini (trad.), 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. A Proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. In **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. BH: Editora Del Rey, 2006, pp. 319-40.

_____. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). Em Luiz Fux; Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.) In **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 517-41.

_____. Norma: uma entidade semântica. In Dimas Macedo (org.) **Filosofia e Constituição: estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004, pp. 67-88.

GRICE, Paul. **Studies in the Way of Words**. Boston: Harvard University Press, 1991.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In Virgílio Afonso da Silva (org.). In **Interpretação Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 255-69.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. William Rehg (trad.), Massachusetts: the MIT Press, 1998.

KLATT, Matthias. Taking Rights Less Seriously: A Structural Analysis of Judicial Discretion. In **Ratio Juris**, vol. 20, no. 4, 2007, pp. 506-29.

LA TORRE, Massimo. Nine Critiques to Alexy’s Theory of Fundamental Rights. In Augustín J. Menéndez e Eerik O. Eriksen (eds.). In **Arguing fundamental rights**. Dordrecht: Kluwer Academics, 2007, pp. 53-67.

PULIDO, Carlos Bernal. On Alexy’s Weight Formula. In Augustín J. Menéndez e Eerik O. Eriksen (eds.). In **Arguing fundamental rights**. Dordrecht: Kluwer Academics, 2007, pp. 101-10.

- _____. **Principio de proporcionalidad e los derechos fundamentales**. 1ªed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In George Pavlakos (ed.) **Law, Rights and Discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**, 1ªed. Oxford: Hart Publishing, 2007, pp. 167-88.
- RYLE, Gilbert. **The Concept of Mind**. 4ª ed., London: Penguin Group, 2000, pp. 26-59.
- SCHLINK, Bernhard. Der Grunsatz der Verhältnismässigkeit. In **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, 2001, pp. 445-65.
- SEARLE, John R. **Expression and Meaning: studies in the theory of speech acts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- _____. **Speech Acts: an essay in the philosophy of language**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- _____. Austin on Locutionary and Illocutionary Acts. In **Essays on J.L. Austin**, G.J. Warnock (org.), Oxford: Clarendon Press, 1973, pp. 139-59.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. Em Virgílio A. da Silva (org.) In **Interpretação Constitucional**. 1ªed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 115-43.
- _____. O Proporcional e o Razoável. In **Revista dos Tribunais** 798. São Paulo: Editora RT, 2003, pp. 23-50.
- _____. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais** 1. BH: Editora Del Rey, 2003, pp. 607-30.
- _____. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 2005.
- SPAACK, Torben. **The Concept of Legal Competence: an essay in conceptual analysis**. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1994.

SPERBER, Dan. **Metarepresentations: A Multidisciplinary Perspective**. Dan Sperber (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2000.

STEINMETZ, Wilson. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. 1ªed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRAWSON, Peter. Austin and 'Locutionary Meaning'. In **Essays on J.L. Austin**, G.J. Warnock (org.), Oxford: Clarendon Press, 1973, 46-68.

VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norm and Action: a logical enquiry**. 1ª ed. New York: The Humanities Press, 1963.