

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIFUNDIDA POR ROBERT ALEXY¹

Françoise Mallmann²

SÚMARIO: 1 Introdução; 2 Regras e Princípios; 2.1 As Principais Contribuições da Teoria de Ronald Dworkin; 2.2 Diferença estrutural entre Princípio e Regra na proposta de Robert Alexy; 3 Classificação dos Princípios Constitucionais; 4 A Máxima da Proporcionalidade; 4.1 Proporcionalidade e seus Elementos: Adequação, Necessidade, Proporcionalidade em Sentido Estrito; 5 Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente artigo versa analisar, de forma sintética, com base na *Teoria dos Direitos Fundamentais* difundida por Robert Alexy, o conceito técnico de *proporcionalidade* a partir do estudo da distinção entre duas espécies de *normas*: os princípios e as regras.

PALAVRAS-CHAVE: Norma, Regra, Princípio, Conflito de Regra, Colisão de Princípios, Proporcionalidade.

RESUMEN

El presente estudio propone analizar, de forma sintética, con base en la teoría de los derechos fundamentales difundida por Robert Alexy, el concepto técnico de proporcionalidad frente a la distinción entre dos especies de normas: los principios y las reglas.

PALABRAS CLAVE: Norma, Regla, Principio, Conflicto de Reglas, Colisión de Principios, Proporcionalidad.

¹ O artigo foi elaborado sob a supervisão e orientação do Professor Doutor Paulo Márcio Cruz.

² Mestranda pelo Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI –, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Advogada. Correio eletrônico: mallmann.fran@bol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infundáveis controvérsias. Essa dificuldade é o pano de fundo deste artigo. De início, saliento que não tenho pretensão de oferecer soluções sobre o tema. Há diferentes formas *coerentes* de se proceder a essa distinção.

O objetivo deste artigo é fazer um estudo sobre o conceito técnico de proporcionalidade com base na teórica de ROBERT ALEXY, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, publicada em 1985, a partir da análise da distinção entre dos tipos de normas: normas do tipo regra e normas do tipo princípio.

O estudo da distinção das espécies de normas jurídicas com referência nas obras estrangeiras de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY culmina a primeira parte do presente trabalho. A análise da recepção dessa distinção no Brasil é o conteúdo da segunda parte, em sua última parte o tópico a ser abordado é a questão terminológica da proporcionalidade.

2 REGRAS E PRINCÍPIOS

A distinção entre princípios e regras não é um tema recente. A discussão sobre a diferença entre regras e princípios ganhou força com as obras de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY.

Tanto DWORKIN quanto ALEXY são representantes da tese da *separação qualitativa* entre regras e princípios, e que a distinção entre ambas as espécies de normas é de *caráter lógico*.

Antes, porém, de entrar na discussão crítica, abordar-se-á uma brevíssima exposição das teses de DWORKIN e ALEXY sobre a distinção entre princípios e regras.

2.1 As Principais contribuições da teoria de Ronald Dworkin

A teoria tradicional do sistema normativo formalizado pelos positivistas jurídicos HANS KELSEN e de H. L. A. HART e o método subsuntivo eram insuficientes para resolver os *hard cases* que envolviam os direitos fundamentais. Não havendo no sistema normativo a resposta *racional* pronta e acabada para resolver o *hard case* caberia a discricionariedade do julgador.

A partir de inúmeras críticas ao positivismo jurídico – o qual defendia o exercício da arbitrariedade judicial, permitindo ao juiz, no caso concreto, reconhecer novos direitos em caso de inexistência de regra jurídica explícita –, elaborou-se uma nova “escola de direito”, o pós-positivismo.

DWORKIN critica o positivismo por ser “um modelo de e para um sistema de regras”³ e por ter o direito legislativo como única fonte. Assim, enfatiza o papel dos princípios no direito como valor normativo, considerando sua importância no sistema jurídico para controlar as decisões judiciais nos *hard cases*.

Todo o sistema jurídico está composto de regras e princípios, e são estes que devem permitir uma única resposta correta, naqueles casos que tão-somente as regras não a permitem. Para DWORKIN “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.⁴

A teoria dos princípios de DWORKIN tem como marco, na teoria normativa dos direitos fundamentais, a importância de que a “diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”.⁵ Esse critério concebeu aos princípios valor normativo, derrubando as teorias positivistas que relegavam os princípios a um plano subsidiário.

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 126.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Defende que as regras são aplicáveis na forma de “tudo-ou-nada”. Nesse sentido, as regras *ou valem*, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, *ou não valem*, e, portanto, não são aplicáveis. No caso de conflito de duas regras apenas uma delas poderá ser válida, por conseguinte, aplicável em sua inteireza.

Por outro lado, os princípios, para a teoria de DWORKIN, possuem uma “dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância ... Quando os princípios se inter cruzam ... aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.⁶ No caso de colisão entre princípios, indaga somente o problema do peso e não o da validade.

Portanto, repelidas as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo, a teoria dos princípios responde à pergunta acerca das possibilidades e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. E ALEXY parte dessa teorização.

2.2 Diferença estrutural entre princípio e regra na proposta de Robert Alexy

O pilar na teoria normativa dos direitos fundamentais foi a tese da separação *qualitativa* entre princípios e regras. Esse é um critério que pode distinguir com toda precisão regras e princípios. ALEXY parte dessa teorização de DWORKIN e procura sofisticá-la.

Na teoria de ALEXY, partindo do *critério qualitativo*, os *princípios são normas* que estabelecem que algo deve ser realizado na *maior medida possível*, diante das *possibilidades fáticas e jurídicas presentes*. Por isso são eles chamados de *mandamentos de otimização*.⁷

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 42.

⁷ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, p. 162.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

É nesse ponto importante que se extrai a idéia de *colisão de princípios*. Em um caso concreto faz-se a *ponderação* entre dois princípios, assim, um dos princípios cede espaço para o outro diante da *atribuição de um peso maior* ao princípio que deva prevalecer.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA explana que esse “resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 – (P1 **P** P2) –, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C – (P1 **P** P2) C”.⁸

Em síntese, a solução da colisão consiste em, tomando em conta o caso, indicar as condições segundo as quais um princípio precede ao outro. Logo, nenhum princípio deve ser inválido e nenhum tem precedência absoluta sobre o outro, além do que não há uma hierarquia formal abstrata entre os princípios, mas sim uma relação condicionada.

Diante disso, os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, pois ordenam que algo deva ser realizado na *maior medida possível*, tendo em conta as *possibilidades jurídicas e fáticas*.

Totalmente distinto é o caso das regras. O *conflito de regras* tem lugar na *dimensão da validade*; a *colisão de princípios* vai mais além, acontece na *dimensão do peso*.

As regras, ao contrário dos princípios, expressam *deveres e direitos definitivos*, pois as *regras são normas* que só podem ser cumpridas ou não, estão no *plano da validade*. Se a regra é válida, então deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.⁹ No caso dos princípios, o grau de realização pode variar.

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras*, p. 04.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 68.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Um *conflito entre regras*, segundo ALEXY, só pode ser solucionado pela introdução de uma *cláusula de exceção* em uma das regras para eliminar o conflito ou declarando a *norma como inválida*. E exemplifica: 1. ordem da escola: É proibido abandonar a sala de aula antes que soem os sinos; 2. ordem da escola: Deve-se abandonar a sala em caso de alarme de incêndio.¹⁰

Essas regras, no caso concreto, conduzem um *dever-se* contraditório entre si. Resolve-se introduzindo a *cláusula de exceção* (alarme de incêndio) na regra primeira. Se não for solucionado com uma *cláusula de exceção*, uma das regras tem que ser *declarada inválida* com esteio em critérios como *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali specialidade*.¹¹

Dada uma explanação concisa da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, segue a discussão sobre a recepção dessa base teórica no Brasil.

3 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

De modo pacificado, a doutrina tem reconhecido o caráter normativo e positivado dos princípios gerais do direito, sendo EROS ROBERTO GRAU o primeiro autor brasileiro a escrever sobre o paradigma dos princípios.¹² Assevera dito doutrinador que o “direito deixou, para nós, de ser concebido como um “sistema de normas” – vale dizer, de regras –, passando a ser visualizado como sistema de princípios”.¹³

É como leciona RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, quando ensina que os “princípios constitucionais são normas jurídicas que integram a Constituição, com a mesma dignidade de direito que as regras constitucionais ou quaisquer outras normas constitucionais”.¹⁴

¹⁰ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, p. 96.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 93.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 294-295.

¹³ GRAU, Roberto Eros. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, p. 135.

¹⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*, p. 247.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

No dizer de PAULO MÁRCIO CRUZ “são normas inscritas nos textos constitucionais destinados a estabelecer os valores fundamentais para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito Positivo”.¹⁵ Ou ainda, “nos países em que a República e o Estado Democrático de Direito são valores fundamentais para todo o sistema de organização jurídica, seu ordenamento jurídico é um sistema aberto de normas que podem ser princípios ou regras”.¹⁶

E com uma abordagem garantista, LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI afirma que “os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, desempenham um papel fundamental como reflexos normativos dos valores constitucionais ...”. Salienta ainda que “Os princípios de direito, ... não somente integram o ordenamento jurídico como também transcendem as normas comuns, pois neles se expressam uma certa ordem de valores materiais ...”.¹⁷

No que tange a classificação tradicional dos princípios constitucionais, cabe citar, dentre outras, aquela apresentada por J.J. GOMES CANOTILHO, o qual os divide em *princípios jurídicos fundamentais*, *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, *princípios constitucionais impositivos* e *princípios-garantia*.¹⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA, por sua vez, os classifica em *princípios políticos-constitucionais* e os *princípios jurídicos-constitucionais*.¹⁹ JORGE MIRANDA divide em três categorias: *princípios axiológicos fundamentais*, *princípios político-constitucionais* e *princípios constitucionais instrumentais*.²⁰ E LUÍS ROBERTO

¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*, p. 101.

¹⁶ Vale destacar que “o Princípio do Estado Democrático de Direito e o Princípio Federativo são decorrências do Princípio Republicano. O Estado Democrático de Direito utiliza os instrumentos de aferição democráticos, como a Democracia Direta ou a Representativa, para verificar qual é o Interesse da Maioria”. CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. *Sobre o princípio republicano*, p. 14.

¹⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*, p. 84-85.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p 171 e ss.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 97 e ss.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 436.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BARROSO os apresenta como *princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais*.²¹

Acerca dessas classificações tradicionais nota-se que a tese mais difundida no Brasil é aquela que defende que a distinção entre princípios e regras é de *grau*, seja de *grau de generalidade, abstração* ou de *fundamentalidade*.

Nessa perspectiva, para a literatura jurídica brasileira os “princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental”.²²

No entanto, o *conceito de princípio* utilizada pela classificação tradicionais é distinto daquela adotada por ALEXY. Essa teoria não se baseia em critérios como da fundamentalidade, mas sim em sua estrutura e forma de aplicação.

Portanto, quando se prefere adotar os critérios alexiano faz-se necessário deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, como adiante se verá.

4 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

As formas de justiça não têm variado ao longo da história do pensamento ocidental, tanto que a definição platônica do justo na obra *República* e a distinção que ARISTÓTELES traz entre justiça distributiva e corretiva ainda são pontos de referência essenciais para a determinação do que se entende de justo.

²¹ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 145 e ss.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras*, p. 05.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O primeiro tratamento sistemático, segundo JOSÉ NEDEL, dado ao tema da justiça foi o de ARISTÓTELES na obra *Ética a Nicômaco*.²³

ARISTÓTELES trata a proporção como medida justa, limitadora de excessos, por meio da justiça distributiva, ou seja, tratava que o justo é proporcional, e o injusto é o que viola a proporção.

O justo é, por conseguinte, uma espécie de termo proporcional (a proporção não é uma propriedade apenas da espécie de número que consiste em unidade abstratas, mas do número em geral).

Efetivamente, a proporção é uma igualdade de razões, e envolve no mínimo quatro termos (é evidente que a proporção descontínua envolve quatro termos, porém o mesmo ocorre com a contínua, pois ela usa um termo em duas posições e o menciona duas vezes; ...

Temos então que a justiça distributiva é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo neste sentido é o meio-termo, e o injusto é o que viola a proporção, pois o proporcional é o intermediário, e o justo é o proporcional.²⁴

GRAUS destaca que a equidade opõe-se ao caráter geral da lei, assim, entende que "Aristóteles ... distingue a equidade e o equitativo, relacionando-os ao justo, então observando que o equitativo, embora seja justo, não é o justo segundo a lei, senão um corretivo da justiça legal". E afirma que a "proporcionalidade não passa de um novo nome dado à *equidade*". Logo, "A proporcionalidade não é um *princípio*, mas uma pauta, um *critério* de interpretação". Para o Autor a lição aristotélica "foi esquecida: a equidade foi tragada pelo direito moderno, avesso a qualquer possibilidade de subjetivismo na aplicação da lei pelo juiz".²⁵

Para HUMBERTO ÁVILA a proporcionalidade "somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim, sua

²³ NEDEL, José. Proporcionalidade. *Dicionário de Filosofia do Direito*, p. 661-666.

²⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 109-110.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*, p. 281-283.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim)".²⁶ Desta maneira, para o Autor, o chamado princípio da proporcionalidade não consiste num princípio, mas num "*postulado normativo aplicativo*".²⁷

Para WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO refere-se ao princípio da proporcionalidade como "princípio dos princípios"²⁸ por ser ordenador do Direito.²⁹

em sede de teoria do Direito os doutrinadores pátrios apenas começam a se tornar cientes da distinção entre regras e princípios, ... também aos poucos é que estudiosos do Direito Constitucional e demais ramos do Direito vão se dando conta da necessidade, intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, de se reconhecer a empregar o princípio da proporcionalidade, ... também chamada de "mandamento da proibição de excesso".³⁰

Neste sentido, leciona que o princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia correspondem a um direito ou garantia fundamental, pois ambos os princípios são necessários ao aperfeiçoamento do "sistema de proteção organizado pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana".³¹

Assim, o princípio da proporcionalidade está "incrustada na isonomia" por traduzir a idéia aristotélica. Como uma "igualdade proporcional", própria da "justiça distributiva", "geométrica", que se acrescente àquela "comutativa",

²⁶ Vale destacar que para o Autor "A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifesta um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regular, entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida)". HUMBERTO, Ávila. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 143.

²⁷ HUMBERTO, Ávila. *A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, p. 153 e 169-171. O itálico se encontra no original.

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria constitucional dos princípios jurídicos e garantismo penal: por uma atualização teórica de conceitos fundamentais*, p. 190.

²⁹ Vale destacar que para CRUZ o Princípio Republicano é o "princípio dos princípios". Funciona como a matriz político-ideológica do ordenamento e vincula todas as outras normas jurídicas. CRUZ, Paulo Márcio. *Sobre el principio republicano*, p. 20.

³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria constitucional dos princípios jurídicos e garantismo penal: por uma atualização teórica de conceitos fundamentais*, p. 190-191.

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 77 e 79.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

“aritmética”, meramente formal – aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relações”.³²

De acordo com KARL LARENZ, a proporcionalidade “significa uma coordenação proporcional de bens, que faz as vezes de um critério orientador contido no próprio sistema, ... ao que ocorre com a concepção de justiça”. Este Autor tratou a categoria jurídica como a “exigência de adequação entre meio e fim, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível do direito ou bem constitucionalmente protegido”.³³

Segundo CADEMARTORI a proporcionalidade originou-se na Alemanha na esfera do Direito administrativo desde o século XIX. Em seguida, afirma que com o advento da atual Constituição da Alemanha em 1949 “o princípio da proporcionalidade passou a ser reconhecido, na esfera jurídico-constitucional, como parâmetro vinculante de toda a atividade legislativa”.³⁴

Nessa perspectiva, leciona o Autor, que o desenvolvimento mais recente, também o mais destacado, da proporcionalidade, está no Direito Alemão. A jurisprudência alemã difundiu a submissão dos atos do Poder Público aos seus elementos, ou seja, desenvolveu o conteúdo da idéia da proporcionalidade nos requisitos intrínsecos: adequada, necessária e razoável (proporcionalidade em sentido estrito).

Conforme se verifica, é crescente a aplicação do chamado “princípio da proporcionalidade” na doutrina brasileira, que resulta da influência positivista do direito alemão. O tema relativo à *proporcionalidade* está ligado ao *conceito de princípio* e merece maior aprofundamento. Para demonstrá-lo necessita ser diferenciado do *conceito de princípio* que remonta a obra de ALEXY.

³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 80.

³³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 586 e 602.

³⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*, p. 124.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Antes, cabe destacar o conceito de *proporcionalidade* apresentado por SILVA:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito ..., empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.

O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições.

Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.³⁵

O termo mais difundido na doutrina brasileira é o "princípio da proporcionalidade", sendo uma questão controversa a utilização do termo "princípio" quando se adota o conceito de norma jurídica, regras e princípios, com base na teoria de ALEXY. Princípio para ALEXY é aplicado de forma constante, já que não produz efeitos em variadas medidas.

Conforme já mencionado, para dita teoria a divisão das normas jurídicas em duas categorias, regras e princípios, não se baseia em critérios de *generalidade* e *especialidade* da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação.

Enquanto as regras expressam *deveres definitivos* e são aplicadas por meio de *subsunção*; os princípios expressam *deveres prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento ou ponderação com princípios colidentes. Ademais, os princípios são *mandamentos de otimização* em face das possibilidades jurídicas e fáticas.

Nesse contexto, o termo "princípio" na expressão "princípio da proporcionalidade" não tem o mesmo significado de "princípio" na distinção entre

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 24.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

regras e princípios na compreensão dada pela *Teoria dos Direitos Fundamentais* de ALEXY.

No dizer de SILVA há um “sincretismo metodológico: a utilização conjunta – ou a idéia de que essa possibilidade existe – da teoria estruturante do direito e do sopesamento de direitos fundamentais”³⁶, ou em outras palavras, “na adoção de teorias incompatíveis como se compatíveis fossem”.³⁷

Em síntese, conforme o Autor, “Se as teorias tradicionais adotam os critérios propostos por ALEXY, essas normas são regras, não princípios”.³⁸ Seguindo essa linha de entendimento, tem-se que o termo mais apropriado, para SILVA, é regra da proporcionalidade, razão pela qual sua forma de aplicação, e de suas sub-regras, é a *subsunção*.

No entanto, CADEMARTORI descreve que “Quando se depara com a colisão de princípios, o intérprete deverá valer-se de um critério hermenêutico de ponderação dos valores *jusfundamentais* que Aléxy denomina de “máxima da proporcionalidade””.³⁹

Como visto, o conceito de princípio com base na teoria de ALEXY, como espécie do gênero norma jurídica junto com a outra espécie normativa, a das regras, difere do conceito de princípio, tradicionalmente, utilizado no Brasil.

O problema terminológico é evidente, visto que a doutrina brasileira adota o conceito de princípio jurídico alexiano, vinculado com o termo “princípio da proporcionalidade”. No entanto, ALEXY classifica, explicitamente, a idéia da proporcionalidade como *máxima*.⁴⁰

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, p. 136. O itálico se encontra no original.

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras*, p. 17. O itálico se encontra no original.

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras*, p. 06. O itálico se encontra no original.

³⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica Principlológica e Colisão de Direitos Fundamentais*, p. 137.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 116-120.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Do exposto, com base na classificação de ALEXY, adotar-se-á a expressão *máxima da proporcionalidade*. Passa-se à análise individual das máximas parciais da proporcionalidade: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

4.1 Proporcionalidade e seus elementos: Adequação, Necessidade, Proporcionalidade em sentido estrito

Diante da exposição acima, fica claro que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Visto que ALEXY propõe a *lei da ponderação* para resolver a *colisão de princípios*. O julgador deve ponderar em cada caso, avaliando as circunstâncias, no caso concreto, qual princípio deve prevalecer. Cada princípio tem um *peso*, mas o critério para avaliar é a *máxima da proporcionalidade*.

Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã a *máxima da proporcionalidade* é uma regra de interpretação e aplicação do direito utilizada para a solução de *colisão dos princípios* constitucionais com o objetivo de orientar o intérprete e o aplicador do direito na busca de um *resultado racionalmente justificado*.

Para uma correta aplicação da máxima da proporcionalidade e suas máximas parciais – *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* – cabe uma análise de ordem pré-definida em que elas se relacionam. Nas palavras de SILVA:

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras.

Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção.

A impressão que muitas vezes se tem, quando se menciona as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento.

É justamente na relação de subsidiariedade ... que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. ... com a 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.⁴¹

De acordo com o Autor, para a *ponderação* ou *sopesamento* da colisão dos princípios mediante o uso da *máxima da proporcionalidade* faz-se necessário que satisfaça uma ordem pré-definida e subsidiária do emprego das máximas parciais, ou seja, a "*análise de adequação precede a da necessidade, que por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito*".⁴²

Para a ponderação dos princípios mediante o uso da máxima da proporcionalidade faz-se necessário que satisfaça uma ordem pré-definida das máximas: da *adequação*, da *necessidade*, e da *proporcionalidade no sentido estrito* -, ou seja, obedeça, nesta ordem, um a um dos requisitos e de forma subsidiária.

Compreendendo que as máximas parciais se relacionam de forma subsidiária, cabe iniciar uma concisa análise individual das mesmas. Nesse campo, ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS menciona a forma de aplica-las:

Alexy formula uma regra ou máxima para a resolução dos conflitos entre princípios, baseada na sua ponderação ou sopesamento ... estruturado em três passos ou estágios subseqüentes: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade, em sentido estrito.

O primeiro passo diz respeito à verificação da adequabilidade dos meios jurídicos empregados para a obtenção de um certo fim. Ou seja, uma determinada norma restringe, por exemplo, o direito de

⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 34.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 34.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

propriedade em razão da tutela do meio ambiente. Caberia verificar se a restrição legal atinge o fim proposto ou não.

O segundo passo questiona a existência de outro meio, menos gravoso para a propriedade privada, que tutelasse o meio ambiente com a mesma eficácia.

Por fim, no estágio da razoabilidade em sentido estrito, procede-se a um cálculo de custo-benefício entre os princípios colidentes de modo a verificar seu maior ou menor grau de eficácia. Em outros termos, com o mesmo exemplo, se o grau de restrição da propriedade privada seria compatível com o grau de realização da proteção ao meio ambiente.⁴³

Como já estudado, para ALEXY, os princípios são *mandamentos de otimização* em face das possibilidades *jurídicas* e *fáticas*. Assim, a *máxima da proporcionalidade* decorre do fato de princípios serem *mandamentos de otimização*, logo a *proporcionalidade em sentido estrito* diz respeito as *possibilidades jurídicas*, e os estágios da *necessidade* e o da *adequação* ao aspecto *fático*.⁴⁴

Na colisão de princípios um dos dois princípios tem que ceder ante outro dependendo das circunstâncias prevalece aquele que tiver maior *peso*. O julgador deve ponderar em cada caso, utilizando o critério da *máxima da proporcionalidade*, avaliando as circunstâncias do caso concreto. O princípio que prevalecer não invalidará o outro. Não existe uma prevalência absoluta de um princípio diante de outro, mas uma *prevalência condicionada*.

Com base na argumentação apresentada pelas partes, no caso concreto, o julgador analisa e fundamenta sua decisão apontando qual o princípio que atende melhor à justiça. Para avaliar qual princípio é o mais justo, utiliza-se a as máximas parciais como critério da *ponderação*. Os princípios são *mandamentos de otimização* e devem ser aplicados para melhor atender à necessidade da sociedade.

⁴³ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais*, p. 03.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 93.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Em outras palavras, faz-se a ponderação ou sopesamento para solucionar a colisão de princípios como procedimento o juiz, primeiramente investiga e identifica os princípios em colisão trazendo elementos para uma melhor ponderação; por conseguinte, atribui o peso ou importância aos princípios conforme as circunstâncias do caso concreto; e por fim, decidi sobre a prevalência de um princípio sobre o outro.

A solução da colisão de princípios, no caso específico, com base na teoria de ALEXY encontra-se guiada pelos *critérios de racionalidade* para a interpretação do caso concreto a cargo da jurisdição constitucional, a qual deverá atuar com fundamento em um juízo de ponderação entre bens e valores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito deste artigo foi esclarecer o emprego conjunto da distinção entre regras e princípios da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de ROBERT ALEXY e a recepção da chamada teoria estruturante do direito na doutrina brasileira.

Na literatura jurídica brasileira, tradicionalmente, os princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, e as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios, em razão da sua natureza instrumental.

Por sua vez, o *conceito de princípio*, na teoria de ALEXY, não se baseia em critérios sobre a fundamentalidade da norma, mas sim em sua estrutura normativa e na forma de aplicação.

Nessa perspectiva, ao passo que as regras expressam *deveres definitivos* e são aplicadas por meio de *subsunção*; os princípios expressam *deveres prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento ou ponderação com princípios colidentes. Ademais, os princípios são *mandamentos de otimização* em face das possibilidades jurídicas e fáticas.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Nessa percepção, confirma que a expressão “princípio” no termo “princípio da proporcionalidade” não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios na teoria alexiana.

Desse modo, dá-se o fenômeno chamado de *sincretismo metodológico*, ou seja, a adoção de teorias incompatíveis como se compatíveis fossem. Visto que, quando se prefere adotar os critérios alexiano faz-se necessário deixar de fora dessa tipologia aquelas normas, tradicionalmente, chamadas de princípios, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam ser consideradas como princípios.

Portanto, o importante não é a uniformização do emprego da expressão “princípio”, mas, reconhecer que o “princípio da proporcionalidade” não tem o mesmo significado de “princípio” na distinção entre regras e princípios na acepção da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de ROBERT ALEXY.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

_____. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Hermenêutica Principlológica e Colisão de Direitos Fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 11, n. 1, p. 135-141, jan./jun., 2006.

_____. CRUZ, Paulo Márcio. Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesses da maioria.

Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf. Acesso em 12/abril/2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. Sobre el princípio republicano. **Revista de Derecho vLex**. Espanha, n. 63, nov. 2008. Disponível em: <http://vlex.com/vid/principio-about-the-principle-45092232>. Acesso em 14 abr. 2009.

_____. SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 26, out. 2008. Disponível http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/cruz_schmitz.html. Acesso em 20 jan. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking Rights Seriously.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

GRAU, Roberto Eros. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MALLMANN, Françoise. A máxima da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais difundida por Robert Alexy. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria constitucional dos princípios jurídicos e garantismo penal: por uma atualização teórica de conceitos fundamentais. **Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho**. Coor. Paulo Bonvides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros, 2006.

HUMBERTO, Ávila. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999

_____. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>. Acesso em: 12/maio/2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEDEL, José. Proporcionalidade. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coor. Vicente de Paulo Barretto. São Leopoldo: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Disponível em: <http://www.geocities.com/cesariopereira>. Acesso em: 14 abril 2007.